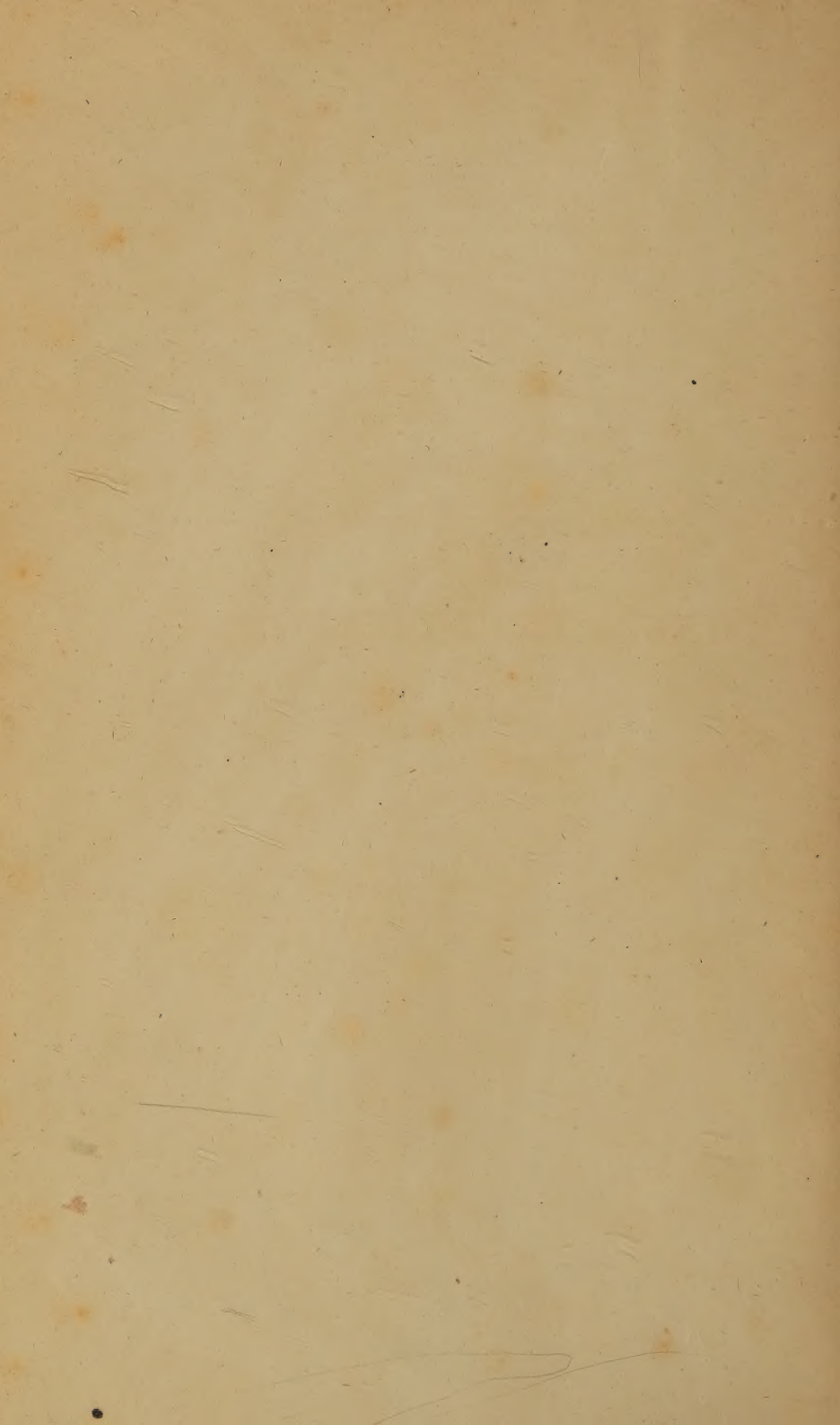


THÈSE DE
RENNES,
1882
N^o. /.

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



THÈSE POUR LE DOCTORAT

A LA MÉMOIRE DE MA GRAND'MÈRE

A MES PARENTS

A MES AMIS

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE RENNES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

DROIT ROMAIN

Du Bénéfice de cession d'actions.

DROIT FRANÇAIS

Du Payement avec subrogation

(C. civ., art. 1249 à 1253).

Cette Thèse sera soutenue le 15 juillet 1882,

Par ERNEST-ALEXANDRE-ÉDOUARD KERDRAIN

AVOCAT

EXAMINATEURS :

MM. BODIN, doyen; DE CAQUERAY, GUÉRARD, JARNO, professeurs; PLANIOL, agrégé.

RENNES

TYPOGRAPHIE OBERTHUR, FAUBOURG DE PARIS, 42

1882

DROIT ROMAIN

DU BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS

PRÉLIMINAIRES

Le droit romain n'admit jamais en théorie la possibilité de céder une créance (1). L'obligation, aux yeux des Romains, était un lien de droit qui unissait le débiteur au créancier. Ce lien n'existait qu'entre ceux qui l'avaient formé et ne pouvait être transporté *de altero ad alterum* sans se briser. La novation, il est vrai, fut admise comme correctif à cette rigueur; seulement ce procédé ne pouvait s'appliquer qu'avec le consentement du débiteur cédé.

Mais la subtilité rigoureuse de la théorie pure devait forcément fléchir devant les nécessités de la pratique, et la *procuratio in rem suam* ne fit plus qu'un vain mot de la prohibition de céder les créances.

Forcément inconnue sous le règne des *legis actiones*,

(1) On sait que M. Gide a récemment exposé l'opinion contraire dans ses *Études sur la novation et le transport des créances*.

qui ne permettaient à personne de plaider au nom d'autrui, la *procuratio in rem suam* apparut avec la procédure formulaire qui introduisit, sous le nom de *cognitores* et de *procuratores*, l'institution de mandataires à l'effet de plaider pour autrui dans un procès. Le maître de la créance donnait mandat à celui à qui il voulait en procurer le bénéfice, d'intenter une action qui lui appartenait, mais cela avec dispense de rendre aucun compte. Les Romains avaient dès lors en leur pouvoir un moyen sérieux de transfert, se prêtant à toutes les améliorations que pourraient réclamer les principes ou l'équité. Les jurisconsultes ne manquèrent pas à cette tâche, et c'est à la seconde série de leurs développements, à ceux basés sur l'équité, que se rattache l'introduction du *beneficium cedendarum actionum* qui fait l'objet de notre étude.

Primus, par exemple, s'est porté fidéjusseur de la dette contractée par Secundus. Le créancier l'actionne et en obtient son paiement. Primus, à son tour, veut se faire indemniser par Secundus ; mais celui-ci est insolvable et l'action en recours de Primus n'est protégée par aucune sûreté particulière. Au contraire l'action du créancier est garantie par une hypothèque ou un gage : il serait donc d'une utilité majeure pour le fidéjusseur d'obtenir cette action. Les Prudents ne pouvaient repousser une amélioration que réclamaient l'intérêt public et l'équité : ils permirent donc au fidéjusseur de demander au créancier la cession de ses actions. Puis ils allèrent plus loin et rendirent cette cession forcée dans certains cas : *Fidejussoribus succurri solet ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est vendere cæterorum nomina* (L. 47, D., l. 46, t. 4, de *Fid.*).

De ce texte se dégage immédiatement le caractère

essentiel de la cession d'actions. Pur bénéfice fondé sur l'équité seule (*succurri solet*), elle ne doit être concédée que si elle ne préjudicie en rien aux intérêts du créancier (*ei qui solidum solvere paratus est*).

Nous n'avons pris le cas du fidéjusseur qu'à titre d'exemple, mais avant d'étudier dans quel cas, lorsque une personne paye la dette d'une autre, elle a le droit de réclamer les actions du créancier; nous examinerons en premier lieu la nature du bénéfice de cession d'actions.

CHAPITRE I

Nature du bénéfice de cession d'actions.

Une grave objection se dresse tout d'abord contre l'introduction de la cession forcée. Le paiement fait au créancier a éteint la dette. Comment se fait-il donc que celui qui a payé puisse demander la cession de droits qui, éteints par le paiement, ont cessé d'exister ? Cette objection, qui repose sur les principes mêmes du droit, eût été absolue et la cession eût été impraticable si on n'avait eu recours à une fiction pour lui servir de base. Cette fiction consiste à regarder le cessionnaire comme un acheteur, et le prix qu'il verse entre les mains du créancier comme un prix de vente : *Non creditor in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit* (LL. 36 et 47, D., *de Fid.*; L. 76, D., *de Solut.*, 46, 3; L. 24, D., *de Tut. et Rat.*, 27, 3; L. 5, *de Cens.*, D., 50, 45).

On a soutenu que celui qui exerçait le bénéfice de cession d'actions n'acquerrait pas la créance elle-même, mais seulement les garanties accessoires, qui se séparaient de la créance primitive et se rattachaient à celle que le cessionnaire a déjà de son chef. On s'est appuyé dans cette opinion sur les lois (2, C., *De his qui in pr.*

cred., 8, 19; 42, § 8, D., *Qui pot.*, 20, 4 et 2, et 11, C., *de Fid.*, 8, 41).

Mais de ces textes les deux premiers ne sont cités que par suite d'une confusion souvent faite entre la *successio in locum* et le *beneficium cedendarum actionum*. Les lois 2 et 11, C., *de Fid.*, qui ne parlent que des *jura pignorum*, semblent indiquer que ce sont seulement les hypothèques attachées à la créance qui passent au cessionnaire; mais ces deux textes isolés ne sauraient prévaloir contre tant d'autres qui déclarent, tels que la loi 36, D., *de Fid.*, que le créancier doit céder ses actions : *Creditor tenetur ut præstet actiones* (17, D., *eod.*; 5, *de Cens.*, D., 50, 15; 21, D., *de Tut. et Rat.*, 27, 3; 19, D., *Qui pot.*, 20, 4).

De plus, si on examine les conséquences de ce système, on verra qu'elles sont inadmissibles. La cession serait impossible si celui qui paye n'avait pas de son chef une action sur laquelle puissent se reporter les accessoires de la créance; or, les fidéjusseurs n'ayant de leur chef aucune action les uns contre les autres, quelle serait l'utilité d'une cession de droits hypothécaires qui ne se rattacheraient à rien? La loi 17, D., *de Fid.*, qui nous dit que le fidéjusseur forcé de payer peut réclamer la cession d'actions contre ses cofidéjusseurs, ne se comprendrait pas. De plus, l'argument qu'on prétend tirer de l'extinction de la créance et partant de l'impossibilité de la transférer ne prouve rien parce qu'il prouve trop. La même raison qui s'opposerait à la cession de la créance se serait opposée aussi à la cession des accessoires qui sont éteints par voie de conséquence. On mettrait les principes de côté pour rendre possible la cession et dès lors on ne voit pas pourquoi la créance elle-même n'aurait pas pu être fictivement cédée.

Il ne faudrait pas cependant croire que la subrogation (1) ne fut pas en droit romain une institution spéciale, mais seulement la cession d'actions ordinaire rendue obligatoire dans certains cas. Une pareille manière de voir entraînerait des conséquences que nous repoussons, telles que l'obligation pour le créancier de garantir l'existence de la créance. Imposer au créancier l'obligation de garantie, au lieu de ne le soumettre qu'à la *condictio indebiti*, en cas d'inexistence de la créance, ce serait aller contre le principe que la cession forcée ne doit pas nuire au créancier. D'ailleurs quelle eût été l'utilité d'une fiction si les Romains avaient substitué au paiement un contrat ordinaire de cession ? Les partisans de cette opinion invoquent surtout la loi 36, D., *de Fid.* ; mais si ce texte présente bien le créancier comme cédant ses actions, c'est à l'aide d'une fiction : *Quodammodo nomen debitoris vendidit.*

A notre avis le paiement avec bénéfice de cession d'actions constituait en droit romain une opération à double face : cession à l'égard du débiteur qui paye, paiement à l'égard du créancier payé, comme le prouvent les termes de la loi 36, D., *de Fid.*, « suum percepit, » et de la loi 5, D., *de Cens.*, « pecuniam suam recuperavit. »

C'est la manière de voir qui répond le mieux à la façon dont s'est introduite la cession forcée et qui seule nous rend un compte satisfaisant de la fiction imaginée par les Romains.

(1) Nous employons le mot *subrogation* quoiqu'il ne soit pas romain, comme rendant parfaitement notre pensée à cause de l'analogie évidente qui existe entre le bénéfice de cession d'actions et notre subrogation personnelle.

CHAPITRE II

A qui appartenait le bénéfice de cession d'actions.

Le bénéfice de cession d'actions s'étendait en droit romain à trois classes de personnes :

- 1° Aux débiteurs accessoires ;
- 2° Aux tiers détenteurs ;
- 3° Aux codébiteurs principaux.

En remarquant que ces trois catégories ont ceci de commun qu'elles ont intérêt à payer la dette parce qu'elles peuvent y être contraintes et que ce sont les seules qui soient dans cette situation, on verra que le *beneficium cedendarum actionum* est l'origine de l'art. 1251-3° du Code civil : « La subrogation a lieu au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt de l'acquitter. »

§ 1. — *Du bénéfice de cession accordé aux débiteurs accessoires.*

Le droit romain désignait sous le nom d'*intercessores* tous ceux qui faisaient un de ces deux actes : ou obliger leur personne, ou grever leur chose d'un droit réel dans l'intérêt d'autrui. Aussi comprenait-on sous ce nom générique les débiteurs accessoires.

Nous allons examiner successivement les différentes catégories d'*intercessores* (1) considérés en tant que débiteurs accessoires, pour voir si toutes jouissent du bénéfice de cession d'actions et dans quelle mesure ils peuvent l'exercer.

Des différentes catégories de cautions, la plus importante, à l'époque classique, est celle des fidéjusseurs, et quant à eux, les textes sont aussi formels que possible (LL. 17 et 36, D., *de Fid.*). Il est même à présumer que c'est en faveur de leur situation particulièrement rigoureuse que fut introduit pour la première fois le bénéfice de cession d'actions. On sait, en effet, que le fidéjusseur pouvait être attaqué avant le *reus* et condamné à payer le tout, et que réduit à une action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria*, que l'insolvabilité du *reus* pouvait rendre inefficace, il n'avait en principe, sauf le cas de société, aucun recours contre ses collègues. Le bénéfice de cession d'actions, en assurant au fidéjusseur qui a payé les actions du créancier, lesquelles seront souvent plus avantageuses et plus sérieusement garanties que de simples actions *mandati* ou *pro socio*, et en lui donnant contre ses cofidéjusseurs, ainsi que nous l'établirons, un recours qu'il n'avait pas de son chef, était donc pour cette catégorie si importante d'*intercessores*, d'une utilité incontestable, surtout jusqu'à l'apparition du bénéfice de division, et même quand Adrien eut accordé aux fidéjusseurs ce nouveau bénéfice, l'utilité du *beneficium cedendarum actionum* apparaît encore dans plusieurs cas : par exemple si le fidéjusseur a négligé de demander la

(1) L'*intercessor* est le plus souvent un débiteur accessoire, mais il peut être aussi un débiteur principal ; ainsi l'*expromissor*.

division ou si l'insolvabilité des autres fidéjusseurs l'a contraint à payer le tout. Si la dette était garantie par des hypothèques solides et que le *reus* fût insolvable, le fidéjusseur aura encore intérêt à négliger le bénéfice de division et à payer le tout pour invoquer le bénéfice de cession d'actions.

Les textes nous montrent également notre bénéfice exercé par le *mandator pecuniæ credendæ* (L. 95, § 40, D., *de Solut.*, 46, 3, et 28, D., *Mandati*, 47, 4). Le *mandator*, d'ailleurs, a ce droit non à titre de bénéfice, mais comme résultant directement du mandat existant entre lui et le créancier. L'action, en effet, n'a pas été éteinte par le paiement, car, en payant, le *mandator* a payé sa propre dette et non celle du *reus* : celui-ci n'a qu'une exception de dol pour repousser le créancier et n'est pas libéré *ipso jure*, tandis que le fidéjusseur éteint l'action même dont il demande la cession, et ce n'est qu'au moyen d'une fiction que cette cession est rendue possible. Il était donc naturel d'admettre au profit du *mandator pecuniæ credendæ* une mesure dictée par l'équité, tandis qu'il a fallu un certain effort pour faire la même concession au fidéjusseur.

Le silence des textes rend la question douteuse quant aux autres espèces d'*intercessores*. Cependant quant à celui qui a garanti la dette d'autrui au moyen d'un pacte de constitut, il n'est guère douteux que le bénéfice *cedendarum actionum* ne lui ait été attribué, de même que Justinien lui accorda celui de division (L. 3, C., *de Const. pec.*, 4, 18) et celui de discussion (Novelle 4).

En ce qui concerne les *sponsores* et les *fidepromissores*, outre que les textes sont complètement muets, il faut remarquer qu'il n'y a guère d'analogie entre leur

situation et celle du fidéjusseur. Celle de ces deux premières classes d'*adpromissores* est infiniment moins rigoureuse. La loi Apuleia avait établi entre les *sponsores* et les *fidepromissores* une espèce de société, en sorte que si l'un d'eux avait payé plus que sa part dans la dette, il pouvait répéter cet excédent contre les autres par l'action *pro socio*; et plus tard la loi Furia divisait de plein droit la dette entre tous ceux existant au moment de l'exigibilité, qu'ils fussent solvables ou non. Ni l'une ni l'autre de ces deux lois n'était applicable aux fidéjusseurs. Il paraîtrait donc naturel que les bénéfices créés pour la situation particulièrement pénible des fidéjusseurs n'eussent pas été étendus aux *sponsores* et aux *fidepromissores*.

Nous croyons cependant qu'il faut accorder notre bénéfice aux deux catégories primitives d'*adpromissores*. Si les lois Furia et Apuleia n'ont pas été appliquées aux *fidejussores*, c'est que précisément la fidéjussion fut imaginée pour échapper aux inconvénients de la *sponsio* et de la *fidepromissio* (1), mais il est constant que les Romains ont appliqué les lois nouvelles à toutes les espèces de cautionnement existant lors de leur promulgation. Nous pouvons citer le bénéfice de division accordé par Adrien aux fidéjusseurs et aux *mandatores pecuniæ credendæ* (2), et la loi Cornelia applicable aux trois classes d'*adpromissores*. La raison du silence gardé par les textes est que

(1) On sait qu'outre l'inconvénient qui résultait pour le créancier de la loi Furia, les *sponsores* et les *fidepromissores* ont encore d'autres privilèges, à savoir que leur dette s'éteint par leur décès et qu'ils sont libérés *ipso jure* par le délai de deux ans, à partir de l'échéance.

(2) Le bénéfice de division ne s'étendait pas aux *sponsores* et aux *fidepromissores* par la raison qu'ils étaient déjà garantis et plus efficacement par la loi Furia.

la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient absolument tombées en désuétude à l'époque classique.

Ainsi donc les débiteurs accessoires jouissaient tous du bénéfice *cedendarum actionum*, mais dans quelle mesure pouvaient-ils l'exercer ?

Il est certain que la caution put réclamer les actions du créancier contre le *reus*, afin de profiter de toutes les sûretés qui peuvent la garantir.

Mais quant au recours de la caution contre ses coobligés une controverse s'est élevée.

M. de Savigny dans son *Droit des Obligations* (1) refuse au fidéjusseur le droit de réclamer la cession des actions du créancier contre ses cofidéjusseurs. Le savant auteur base sa doctrine sur plusieurs textes. Le § 4, Inst. Just., 3, 20, s'exprime ainsi : « Si creditor ab uno fidejussore totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit si is pro quo fidejussit solvendo non est. » La loi 39, D., *de Fid.*, dit également : « Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est ; » sauf, bien entendu, cession opérée par la volonté du créancier ; mais le fidéjusseur, dit M. de Savigny, n'a pas de prétention juridiquement fondée pour l'obtenir. Enfin dans la loi 44, C., *de Fid.*, 8, 44, il n'est question que de la cession d'un *jus pignoris*, ce qui ne peut viser que la cession des actions du créancier contre le débiteur principal. Au reste, dit M. de Savigny, entre les cofidéjusseurs, il existe si peu un rapport de droit immédiat qu'il est possible qu'ils ignorent complètement leur existence mutuelle.

Malgré l'autorité du jurisconsulte allemand nous re-

(1) Savigny, *Obligations*, t. I, n° 25, pp. 302 et suiv., traduction Gérardin et Jozon.

poussons cette opinion en nous basant sur les termes généraux des lois 17, D., *de Fid.*, et 36, *eodem*, qui posent le principe de la cession forcée : « *Stipulator compellitur ei qui solidum solvere paratus est vendere cæterorum nomina* » (L. 17); « *quia tenetur ad id ipsum ut præstet actiones* » (L. 36).

D'ailleurs le texte de Justinien, reproduction du § 122, C. III, de Gaius, perd la portée qu'on lui donne si on le rapproche de ce paragraphe. Gaius vient d'écrire : « *Ad fidejussorem lex Apuleia non pertinet.* »

Par la phrase qui suit, il refuse donc aux fidéjusseurs le droit d'exercer l'action *pro socio* qui résulte de cette loi pour les *sponsores* et les *fidepromissores*, mais il ne pense nullement au bénéfice de cession d'actions. Et quant à cette considération qu'il n'existe pas un rapport de droit entre les cofidéjusseurs, elle pourrait justifier l'absence d'un recours direct, mais non conduire à refuser un bénéfice fondé sur l'équité.

La caution peut-elle également obtenir la cession des actions du créancier contre les tiers détenteurs? La question n'est pas douteuse avant Justinien (L. 14, C., *de Fid.*). Mais la Nouvelle 4, chap. II, permet au tiers détenteur d'exiger la discussion préalable de tous ceux qui étaient personnellement tenus. Dès lors il est vraisemblable que la cession des actions ne donna plus contre lui aucun droit au fidéjusseur.

Il nous reste à dire un mot de celui qui hypothèque sa chose à la dette d'autrui. Il faut, pensons-nous, l'assimiler à la caution personnelle, et lui accorder le *beneficium cedendarum actionum*. En conséquence si la caution réelle désintéresse elle-même le créancier, elle pourra, au cas où le *reus* avait en même temps fourni des fidéjus-

seurs, exercer contre eux les actions mandées, et en cas d'insolvabilité du débiteur principal, la part contributoire qu'elle devra supporter définitivement sera proportionnelle à la valeur de l'immeuble hypothéqué, cet immeuble ne pouvant du reste être compté à ce point de vue pour une valeur supérieure à la dette.

§ 2. — *Du bénéfice de cession accordé aux tiers détenteurs.*

Lorsque le tiers acquéreur d'un immeuble remettait lui-même ou faisait remettre par son vendeur le montant de son prix d'acquisition aux premiers créanciers hypothécaires, il était investi de leurs droits et placé à leur rang. C'était là un des cas de la *successio in locum* qui fondue par nos jurisconsultes du XVI^e siècle avec la théorie du bénéfice de cession d'actions a fourni avec elle la double origine de notre subrogation.

Mais chaque fois que le tiers détenteur était contraint de payer un créancier hypothécaire de deniers autres que ceux constituant son prix d'acquisition ou qu'il détenait l'immeuble en vertu d'une autre cause que la vente, comme il n'avait plus le bénéfice de la *successio in locum*, il pouvait demander la cession d'actions.

On serait peut-être tenté de lui refuser ce bénéfice dans les cas où il aurait acquis l'immeuble à titre gratuit : n'ayant pas d'action en garantie, il semble difficile de lui concéder un recours indirect au moyen de la cession d'actions. Cependant la loi (57, D., *de Leg.*, liber primus, 30) permet au fidéicommissaire de réclamer la cession d'actions à l'encontre des héritiers du testateur, à moins que celui-ci

n'eût expressément déchargé ces derniers de toute responsabilité.

Le tiers détenteur pourrait-il, si le vendeur était insolvable, demander la cession des actions du créancier contre d'autres tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette pour leur faire partager la charge de l'insolvabilité du débiteur? L'équité, à défaut des textes, nous conduirait à l'affirmative.

§ 3. — *Du bénéfice de cession accordé aux codébiteurs principaux.*

Nous avons à examiner sous cette rubrique deux situations différentes, selon qu'il s'agit de débiteurs corréaux ou de débiteurs simplement tenus *in solidum*.

I — *Solidarité.* — C'est surtout à propos des cotuteurs que les jurisconsultes romains ont exposé les règles du *beneficium cedendarum actionum*. Deux textes établissent formellement pour eux la concession de notre bénéfice : « Cum pupillus tutelæ actionem contra tutorem alterum tutori quem iudex in solidum condemnavit, cessit (L. 21, D., *de Tut. et Rat.* 27, 3). Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu nec ei sunt mandatæ actiones » (L. 4, § 13, D., *de Tut. et Rat.*).

La loi (47, D., *Locati*, 49, 2) suppose plusieurs coacheurs ou colocataires tenus *in solidum*. Après avoir dit que s'ils sont solvables, on pourrait leur accorder le bénéfice de division (1), le texte ajoute : « Justius est

(1) Il ne faut voir là qu'une opinion particulière à Marcellus, qui n'a pas prévalu. Les codébiteurs *in solidum* n'ont pas en général obtenu dans le dernier état du droit le bénéfice de division, sauf les cotuteurs et les *mandatores pecuniæ credendæ*.

electionem conveniendi quem velit non auferendam actioni, si actiones suas adversus cæteros præstare non recuset (1). »

Les textes que nous venons de citer doivent certainement être généralisés et étendus à toutes les hypothèses d'obligations *in solidum*.

Cependant la cession d'actions ne pouvait avoir lieu quand l'obligation résultait d'un dol commis par plusieurs délinquants : « Nec enim, dit la loi 1, § 14, de Tut. et Rat., ulla societas maleficiorum vel communicatio justa damni ex maleficio est. » Système assurément peu équitable qui fait porter tout le poids de la peine à un seul coupable en laissant les autres impunis.

Mais dans les délits où il y a simple faute, la solution est différente. Nous en avons un témoignage dans la loi (4, D., De his qui effud., 9, 3) qui supposant que d'un appartement habité par plusieurs est tombé sur la voie publique un objet qui a causé du dommage accorde à celui qui a payé le tout, soit l'action *pro socio* si les personnes responsables sont en état de société à raison de la communauté d'habitation, soit une action *utilis* dont nous aurons plus tard à apprécier la nature.

II — *Corréalité*. — Les sources de droit nous fournissent peu de décisions sur le recours à exercer dans ce cas. Aussi la question est-elle vivement controversée.

(1) Plusieurs auteurs voient dans l'hypothèse de la loi 47 un cas d'obligation corréale sans entrer dans la controverse qui existe entre les jurisconsultes à propos des sources de la corréalité. Nous croyons qu'en principe l'obligation corréale ne résulte pas d'un contrat de bonne foi, sauf convention contraire. M. Accarias qui soutient l'opinion contraire arrive d'ailleurs à peu près à la même conclusion que nous, puisqu'il enseigne que dans les contrats de bonne foi la simple solidarité doit toujours être présumée.

Trois opinions se trouvent en présence. La première opinion refuse le bénéfice de cession au débiteur corréal. Elle s'appuie sur le caractère spécialement rigoureux de ce genre de contrats et principalement sur un texte embarrassant, il faut bien l'avouer, la loi 62, D., *Ad leg. Falcidiam*, 35, 2. Quand un des *correi stipulandi* ou *promittendi* meurt laissant des legs, et qu'il s'agit d'appliquer la loi Falcidie, on se demande si la créance corréale doit être comptée dans l'actif du défunt ou la dette corréale déduite de son passif. Ulpien, rapportant une opinion de Julien, décide que s'il y a société, l'hérédité est réputée créancière ou débitrice pour moitié; s'il n'y a pas société, la question reste *in pendenti*, car celui-là sera regardé comme seul ayant été créancier ou seul débiteur, qui aura reçu ou fait le paiement. Il est difficile, disent les partisans de l'opinion que nous rapportons, de mieux dire qu'en l'absence de société le débiteur qui paye la totalité de la dette en subit exclusivement la charge, car il y aurait puérilité à raisonner dans la supposition que celui qui sera poursuivi négligera d'invoquer un bénéfice que la loi lui concède.

Malgré la solidité apparente de l'argument, nous croyons devoir reconnaître aux *correi debendi* l'exercice du bénéfice de cession. Il est probable, dit M. Demangeat (1), que du temps de Julien la jurisprudence n'était pas encore arrivée d'une manière bien certaine à reconnaître au profit du *correus promittendi* le droit de ne payer que sauf cession des actions conservées par le créancier.

Remarquons d'ailleurs qu'il s'agit à la fois dans la loi 62 de la dette corréale et de la créance corréale; or,

(1) Demangeat, *des Obligations solidaires*, pp. 270 et suiv.

le bénéfice *cedendarum actionum* n'existant évidemment pas au profit des *rei stipulandi*, il était difficile que Julien parlât de ce bénéfice. On objecte que les *correi debendi* sont tenus en vertu d'un contrat de droit strict, mais les fidéjusseurs ne sont-ils pas liés par un contrat de même nature? Et cependant nous avons établi qu'ils jouissaient du bénéfice de cession d'actions vis-à-vis du *reus* et vis-à-vis de leurs collègues.

Après avoir combattu la conclusion qu'on veut tirer de la loi 62, nous produirons à notre tour en faveur de notre système un texte dans lequel il est fait une allusion incontestable à l'exercice du *beneficium cedendarum actionum*. Voici l'espèce : un débiteur qui a hypothéqué sa chose pour la sûreté de sa dette meurt, laissant deux héritiers; ceux-ci vendent conjointement la chose grevée et chacun fait pour sa part, selon l'usage, la promesse du double. L'un des héritiers paye le créancier jusqu'à concurrence de son obligation personnelle, puis le créancier hypothécaire, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, évince l'acheteur. L'héritier, qui n'est pas en faute, étant poursuivi en vertu de l'action *ex stipulatu duplæ*, peut-il du moins exiger que le créancier lui cède ses actions contre l'héritier? Non, dit Papinien, dans la loi 65, D., *de Evict.*, 24, 2, parce que dans l'espèce les deux cohéritiers n'ont pas contracté une obligation corréale. « Nec remedio locus esse videbatur ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præstarentur, quia non duo rei facti proponerentur. » S'il est un cas où l'argument *a contrario* peut être employé comme décisif, c'est bien celui-ci. Il résulte bien clairement *a contrario* que celui des *rei promittendi* qui paye le créancier peut, au moyen de l'exception de dol, se faire céder ses actions.

Un troisième système, défendu par M. Accarias (1), soutient cependant qu'il faut distinguer pour la concession du bénéfice de cession d'actions selon que les *rei promittendi* sont *socii* ou non. Les *correi debendi socii* jouissent seuls de ce bénéfice.

Pour être fondé, dit le savant auteur, à exiger une cession d'actions, ne faut-il pas s'autoriser d'un droit antérieur soit contre celui auquel elles appartiennent, soit contre ceux qui en sont tenus? Or, à coup sûr, le *correus promittendi* n'est pas créancier du stipulant, et par hypothèse, puisqu'il n'y a pas société, il ne l'est pas non plus de son copromettant. Toute la difficulté se réduit donc à expliquer le texte sur lequel on prétend fonder ce droit à obtenir une cession d'actions, et cette difficulté disparaîtra si on consent à admettre que ce texte se place dans une hypothèse de société, car entre deux covendeurs la corréalité ne peut aller sans société. C'est donc forcer la pensée du jurisconsulte que de lui donner une portée générale. Il ne veut pas dire que le *correus promittendi* puisse en tous cas demander la cession d'actions, mais qu'il le pourrait dans ce cas.

Nous persistons cependant à penser que dans tous les cas le *correus promittendi* jouissait du bénéfice de cession d'actions. Quant au principe d'après lequel celui-là seul peut exiger une cession d'actions qui peut s'autoriser d'un droit antérieur soit contre celui auquel elles appartenaient, soit contre ceux qui en sont tenus, nous objecterons que le fidéjusseur est dans une situation analogue au point de vue qui nous occupe à celle du *correus debendi*. Il est lié vis à vis le créancier par un contrat

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 323.

unilatéral où il joue le rôle de débiteur. D'un autre côté, on n'avait pas admis entre les cofidėjusseurs le rapport de société que la loi Apuleia n'établissait qu'entre les *sponsores* et les *fidepromissores*, et cependant nous avons vu que la loi 17, D., *de Fid.*, autorise celui de plusieurs cofidėjusseurs qui a payé la dette à se faire céder les actions du créancier contre ses coobligés.

CHAPITRE III

A quelles conditions était soumis l'exercice du bénéfice de cession d'actions.

La première condition est de payer intégralement le créancier, ainsi que le prouvent ces expressions de deux textes : « Ei qui *solidum* solvere paratus est (L. 17, D., *de Fid.*); non priusquam omne debitum solvatur » (L. 2, C., *de Fid.*).

Les Romains ne paraissent pas avoir prévu l'hypothèse d'un paiement partiel accepté par le créancier.

Il faudra en outre, et la loi 2, C., *de Fid.*, est formelle sur ce point, que le fidéjusseur qui veut obtenir cession de l'action hypothécaire du créancier sur un bien du *reus* paye toutes les créances pour lesquelles le créancier a hypothèque sur cet immeuble.

Bien que la loi 2, C., *de Fid.*, ne parle que des fidéjusseurs, nous pensons qu'elle est applicable aux autres modes d'*adpromissio*. Mais il ne faudrait pas en étendre la solution à d'autres situations que celle qu'elle prévoit. Ainsi il ne faudrait pas permettre au créancier qui a reçu de son débiteur principal deux fidéjusseurs, d'exiger de celui qui offrirait de payer toute la dette, sous condition de la cession de son action contre son coobligé, le paiement

d'une seconde créance chirographaire qu'il aurait contre l'autre.

En second lieu, la cession des actions doit être requise en temps opportun, c'est-à-dire avant que les actions du créancier ne soient éteintes.

Distinguons à ce sujet entre les diverses classes de personnes auxquelles le droit romain accordait le *beneficium cedendarum actionum* :

1° Quant aux débiteurs corréaux et *adpromissores*...

Sous-distinguons selon que l'*adpromissor* ou le *correus debendi* qui a désintéressé le créancier l'a fait spontanément ou sur poursuites. Dans le premier cas il importe que la cession d'actions n'intervienne pas après que le débiteur a payé sans réserve, car si les choses s'étaient passées ainsi, le paiement aurait complètement éteint la dette et le créancier n'aurait plus rien à céder. Il faut donc que la cession ait été faite *ante solutionem* ou tout au moins que lors du paiement il ait été convenu *ut mandarentur actiones* (L. 76, D., *de Solut.*). Le créancier a-t-il poursuivi, le débiteur doit renoncer à discuter la dette et requérir la cession avant la *litis contestatio* dont l'effet novatoire éteint les obligations. Au reste, dans le droit de Justinien cet effet si rigoureux de la *litis contestatio* n'existe plus. La cession peut désormais avoir lieu après la *litis contestatio*, pourvu qu'elle soit réclamée avant le paiement.

2° Quant aux débiteurs solidaires, aux cautions engagées par des pactes de constitut, ou aux tiers détenteurs.

En cas de poursuites du créancier, le débiteur actionné pourra, soit *ante litem contestatam*, soit même après la *litis contestatio ante sententiam*, soit même après avoir été condamné, réclamer la cession d'actions contre ceux

qui sont avec lui dans les liens de la dette, car ici l'effet novatoire de la *litis contestatio* ne s'est pas produit, mais il ne devra pas payer sans avoir réclamé la cession, puisque le paiement éteindrait toutes les actions.

3° Quant aux *mandatores pecuniæ credendæ*, la *litis contestatio* et même le paiement peuvent avoir lieu sans nuire à la cession d'actions. Il n'y a en effet ni corréalité ni même solidarité entre le *mandator* et le *reus* : il y a deux dettes distinctes et indépendantes, et quand le *mandator* paye, il paye pour se libérer de son obligation de mandant et non pour éteindre sa dette. Donc, même après le paiement, le créancier conserve son action contre le *reus*, et il est par suite encore à même de la céder au *mandator pecuniæ credendæ*. En théorie le créancier pourrait même poursuivre encore le *reus*, mais son action se trouverait paralysée entre ses mains par une *exceptio doli* que le *mandator* cessionnaire qui ne commet aucun dol n'a pas à redouter de se voir opposer. « Papinianus ait mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare : propter enim mandatum suum solvit, et suo nomine : ideoque mandatori actiones putat reum cedi debere » (L. 28, D., *Mandati*).

CHAPITRE IV

Du procédé par lequel s'opérait la cession d'actions et des modifications qui y furent successivement apportées.

Nous avons vu au début de notre travail que la *procuratio in rem suam* consistait de la part du créancier à donner au débiteur un mandat judiciaire dont celui-ci n'avait pas à rendre compte. Ce moyen très ingénieux, il est vrai, ne laissait pas que d'avoir de graves inconvénients, parce que les jurisconsultes romains avaient laissé la *procuratio in rem suam* soumise aux règles du mandat. Ainsi le cédant pouvait révoquer la *procuratio in rem suam*; ainsi le mandat tombait par la mort du cédant ou par celle du cessionnaire (1). La *litis contestatio* pouvait seule faire disparaître ces inconvénients en opérant novation et en rendant le cessionnaire *dominus litis*. Le droit déduit en justice devenait alors sien, comme s'il lui eût toujours appartenu. Plus tard la pratique imagina un moyen de parer à ces dangers. Le cessionnaire n'eut qu'à signifier

(1) M. Gide enseigne qu'au cas où le *procurator est procurator in rem suam*, son droit ne s'éteindra, même avant la *litis contestatio*, ni par sa mort, ni par celle du cédant.

la cession au débiteur : par là il prenait à tous les points de vue la place du créancier et devenait maître du droit cédé comme il l'eût été par la *litis contestatio* (L. 3, C., *de Nov.*, 8, 42).

Une autre conséquence de ce que la *procuratio* n'était qu'un mandat, c'est que pour recevoir une *procuratio in rem suam*, il fallait être capable de recevoir un mandat *ad litem*. Par une application rigoureuse de cette règle, les femmes et les militaires n'eussent pas pu se faire constituer *procuratores* ; mais à raison de leur intérêt personnel, on les déroba pour ce cas à la généralité du principe qui leur interdit de plaider pour autrui. La même règle empêcha primitivement les infâmes de recevoir une *procuratio in rem suam*, mais ici une exception fut rendue inutile par la désuétude où tomba leur incapacité de plaider pour autrui.

Le bénéfice de cession d'actions à son origine n'agissait jamais de plein droit. Nous devons donc rechercher comment le débiteur pouvait forcer le créancier à lui céder ses actions en distinguant entre les différentes catégories de personnes qui jouissaient du bénéfice de cession d'actions :

1° Quant au débiteur tenu simplement *in solidum*, il peut demander la cession, étant encore *in jure* et avant qu'il n'y ait eu *litis contestatio* ; si le créancier résiste, le prêteur pourra refuser de lui délivrer la formule. Le débiteur solidaire peut aussi demander la cession d'actions *in judicio* ; si le créancier refuse, le juge ne prononcera pas de condamnation.

2° Quant au *reus promittendi*, les textes nous disent que c'est au moyen de l'exception de dol qu'il obtient la cession des actions du créancier (L. 65, D., *de Evict.*).

Il semble à première vue que le moyen de contrainte par l'*exceptio doli* soit impraticable, car les exceptions étaient données dans la formule, par conséquent au moment même où intervenait la *litis contestatio* qui éteignait l'action du créancier contre les codébiteurs. Comment peut-il donc encore être question d'en effectuer la cession?

Voici probablement ce qui avait lieu. Si le créancier refuse de céder ses actions par pure mauvaise foi et malignité évidente, le prêteur lui refusera l'action. Si le dol du créancier qui se refuse à faire la cession n'est pas manifeste et que le prêteur ait quelques doutes, le magistrat inscrira dans la formule une exception de dol dont la vérification devant le juge entraînera l'absolution du défendeur. La peur de ce résultat aura donc pour effet ordinaire de déterminer le consentement du créancier.

Mais il est possible que le refus du créancier tienne à des causes sérieuses : par exemple le débiteur actionné réclame la cession d'actions comme étant tenu *correaliter* avec telle autre personne, alors que le créancier soutient qu'il y a là deux obligations distinctes. Il peut être de bonne foi dans son affirmation : on n'a qu'à supposer que l'obligation n'a pas été contractée originairement à son profit, qu'il l'a trouvée dans une succession.

En pareille hypothèse, il n'est guère admissible que le créancier ne commettant aucun dol puisse néanmoins échouer devant une *exceptio doli*. D'autre part, la *litis contestatio* va rendre la cession impossible. M. Accarias pense qu'on ne pouvait sortir de cette impasse que par une cession conditionnelle faite avant la délivrance de la formule, la condition consistant dans le paiement intégral

des droits du demandeur, tels qu'ils seraient liquidés par le juge (1).

3° Le *mandator pecuniæ credendæ* pouvait seul réclamer la cession par voie d'action quand il avait payé sans user de l'exception de dol. Il avait droit à la cession non seulement à titre de bénéfice accordé par la loi, mais encore à raison de sa situation de mandant vis-à-vis du créancier. Il exerçait pour l'obtenir l'action *mandati contraria*.

Les nombreux inconvénients que nous avons fait remarquer dans l'emploi de la *procuratio in rem suam*, lesquels n'ont été corrigés que fort tard, devaient naturellement conduire à la recherche d'un procédé plus commode. On y arriva au moyen de l'introduction d'une action utile par laquelle le cessionnaire était autorisé à exercer *suo nomine* et sous forme d'action utile, sans cession préalable, l'action de la créance cédée, *suo nomine*, ce qui signifie que l'*intentio* de la formule contenait non pas le nom du cédant, mais celui du cessionnaire.

Le premier cas dans lequel on fasse mention de l'action utile est le cas de l'achat d'une hérédité. Aux termes d'un rescrit d'Antonin le Pieux, l'acheteur d'une hérédité put, sans avoir été constitué *procurator in rem suam*, exercer des actions utiles contre les débiteurs héréditaires (L. 16, *pr.*, D., *de Pactis*, 2, 14). Le même principe fut appliqué ensuite dans un grand nombre de cas analogues. C'est ce qui eut lieu notamment pour les cas où une créance a été vendue, lèguée, constituée en dot ou donnée en paiement.

Mais cette théorie de l'action utile fut-elle étendue aux

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 558.

divers cas de cession forcée? C'est ce que nous allons rechercher avec quelques détails.

Dans notre ancien droit, Dumoulin a cherché à établir, dans la première leçon solennelle qu'il fit à Dôle, que l'action utile avait été étendue à tous les cas où la cession était forcée, sans même qu'il fût besoin de la requérir.

La base de son système était la loi 1, § 13, D., 27, 2 : « Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstitit, vel ex communi gestu, nec ei sunt mandatæ actiones, constitutum est a Divo Pio et ab Imperatore nostro et Divo patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam. »

Dumoulin généralisait la solution de ce texte. Cette opinion ne prévalut pas dans l'ancien droit, et Pothier nous apprend qu'on continua d'enseigner que tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres n'étaient subrogés aux actions du créancier qu'autant qu'ils avaient requis la subrogation. Quant au texte cité plus haut, on pensait que l'action utile dont il parlait n'était qu'une extension de l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Ni l'une ni l'autre de ces opinions n'ont subsisté de nos jours. Il est impossible en effet d'expliquer la loi (1, § 13, D., *de Tut. et Rat.*, 27, 3) par une action utile de gestion d'affaires. L'action dont il s'agit dans ce texte est l'action même du créancier, laquelle a passé au débiteur en vertu d'une cession que l'on suppose, que l'on sous-entend. Ce texte est d'Ulpien, c'est-à-dire d'une époque où avait commencé l'évolution dont nous avons parlé, consistant à remplacer la *procuratio in rem suam* par l'action utile du créancier en matière de cession d'action volontaire; enfin ce qui est digne de remarque, c'est que parmi les

empereurs cités figure Antonin le Pieux dont le rescrit est le témoignage le plus ancien qui nous fasse connaître cette action *utilis* et pour ainsi dire la première étape de l'évolution dont nous venons de parler.

Mais Dumoulin avait tort d'étendre en vertu de la loi 1, § 13, l'action utile à tous les cas de cession forcée, et les jurisconsultes modernes ont compris qu'il fallait user de distinctions et faire à chaque texte sa part.

Examinons d'abord les solutions que nous fournissent les textes à propos des codébiteurs solidaires.

Dans notre opinion, l'action utile est acquise de plein droit aux codébiteurs solidaires pourvu qu'ils n'aient payé que sur une condamnation. Nous allons établir cette distinction par des textes.

La loi (76, D., *de Solut.*, 46, 1) s'exprime ainsi : *Si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa tutelæ debeat actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil ex cessione actum cum nulla actio superfuerit.* Notons que dans ce fragment de Modestin il n'est fait aucune allusion à des poursuites qui auraient été exercées contre celui qui paye. Eh bien, la solution de ce texte serait sans utilité pratique si l'action utile eût pu remplacer la cession devenue impossible. Remarquons que ce texte émane, comme nous venons de le dire, de Modestin, le disciple d'Ulpien que nous venons de voir accorder l'action utile. On ne peut donc pas dire que son auteur n'a pas connu la théorie de l'action utile.

Dumoulin pour défendre sa théorie a imaginé de dire que Modestin supposait un paiement fait par un tiers et non par l'un des débiteurs solidaires (*Prima lectio dolana*, nos 19 et 20). Ce tiers n'ayant pas le droit d'exiger la cession ne pouvait pas prétendre à l'action *utilis*.

Il n'y a pas un mot dans le fragment de Modestin qui justifie cette interprétation : quand on dit en termes généraux qu'une dette solidaire a été payée, est-il raisonnable de présumer qu'elle l'a été par un tiers ?

D'ailleurs voici une constitution qui, supposant formellement que le paiement émane d'un des tuteurs, reproduit la décision de Modestin. L'un des tuteurs a été condamné, et l'autre est venu payer pour lui la condamnation sans requérir la cession d'actions ; plus tard, il demande cette cession et s'adresse aux empereurs Sévère et Antonin ; ceux-ci lui répondent : « Si pro contutore judicato pecuniam solvisti, nullum judicium tibi contra pupillum competit ut delegetur tibi adversus liberatum actio. » Cette décision suppose évidemment qu'il n'a pas non plus de recours par l'action utile, sans quoi elle n'aurait pas de valeur pratique. Dumoulin cette fois a imaginé de dire que l'action dont parlent les Empereurs n'est pas l'action *tutelæ directa*, mais l'action *judicati*, de laquelle le tuteur qui a payé n'a jamais été tenu solidairement.

Enfin à l'appui de notre opinion, accordant à tous les codébiteurs solidaires qui ont payé sur poursuites l'action utile, nous invoquerons la loi (4, D., *De his qui effud.*, 9, 3) qui accorde à celui qui, poursuivi *in solidum*, a payé une action utile à défaut de l'action *pro socio*.

Cette distinction entre le débiteur solidaire qui a payé spontanément et celui qui a payé sur poursuites n'est pas déraisonnable. En effet, dit M. Demangeat, si le débiteur solidaire poursuivi avait songé à requérir la cession, il aurait bien fallu que le créancier la consentit pour obtenir la délivrance de la formule du prêteur ou condamnation du juge. L'équité ne permet pas qu'un simple oubli lui

soit si préjudiciable. Au contraire, celui qui vient payer spontanément a dû réfléchir à l'acte dont il prend l'initiative. Tant pis pour lui s'il s'est présenté comme voulant éteindre l'action et non comme voulant se la faire céder.

Réfutons de suite une objection qui pourrait venir à l'esprit. Quand le codébiteur solidaire qui paye veut ensuite intenter l'*utilis actio*, on pourrait croire que son paiement a éteint toutes les actions du créancier et que dès lors il ne peut pas plus être question d'une *utilis actio* basée sur une cession feinte que d'une cession véritable. La réponse est que la cession feinte se reporte au moment où il y a nécessité juridique d'opérer la cession, c'est-à-dire au moment où la cession véritable aurait pu être exigée, par conséquent avant le paiement.

Si nous examinons l'application de l'*utilis actio* au recours des *correi debendi* et des cofidėjusseurs entre eux, nous trouvons plus de difficultés.

Certains interprètes, spécialement M. de Savigny, accordent l'action utile aux *correi debendi* sans invoquer aucun argument de texte. Ils se contentent de faire remarquer qu'il n'existe, à ce point de vue, aucun motif de différence entre les *correi* et les débiteurs solidaires.

Quant au recours des cofidėjusseurs entre eux, M. de Savigny leur refusant le droit d'exiger la cession des actions du créancier contre leurs collègues, leur dénie par voie de conséquence forcée l'action utile. Par contre, les fidėjusseurs peuvent user de l'action utile quand il s'agit pour eux de recourir contre le débiteur principal, sauf cette condition qu'ils n'aient payé que sur poursuites.

Une autre opinion défendue par M. Demangeat (1) ne

(1) Demangeat, *Obligations solidaires*, pp. 244 et suiv.

distingue pas entre les *correi debendi* et les cofidėjus-seurs. Elle leur refuse l'action utile, du moins pendant le droit classique. Les principes, dit M. Demangeat, et les textes s'y opposent. Les principes d'abord, car nous ne voyons pas qu'en général on ait égard dans l'intérêt de celui qui n'est tenu que d'une *condictio*, à ce que réclamerait l'équité; que, par exemple, on le relève des conséquences rigoureuses d'un simple oubli.

Passant aux textes, le savant auteur invoque la loi 39, D., *de Fid.*, d'où il résulte que, si l'un de plusieurs cofidėjus-seurs, forcé de payer le tout, a omis d'exiger du créancier la cession de son action contre ses coobligés, la cession ne sera pas supposée avoir eu lieu. Les *rei promittendi*, dit-il, sont-ils à cet égard dans une autre position que les fidėjus-seurs? Nous ne voyons pas le motif d'une pareille dissemblance.

M. Demangeat s'appuie encore sur la loi 62, *ad legem Falcidiam*, dont nous avons déjà parlé. La distinction établie par le texte entre le cas où les *rei promittendi* sont *socii* ou non prouve qu'en l'absence d'une société le jurisconsulte n'admet pas la possibilité pour l'un des *rei* de recourir contre l'autre; que par conséquent il n'admet pas la cession tacite des actions du créancier au profit de celui qui est forcé de payer.

D'ailleurs ce texte est, comme nous l'avons dit, fort embarrassant. Il conduirait à prouver que dans les obligations corréales, un recours postérieur est absolument inadmissible, sauf l'hypothèse de société, et c'est en effet le principal argument d'un système que nous n'avons pas cru devoir embrasser.

M. de Savigny explique ainsi la loi 62. En l'absence de société, dit-il, le recours dépend du fait que le débiteur

actionné fera effectivement valoir l'exception, ou même exercera ensuite l'*utilis actio*, et aussi du fait qu'il fera triompher ces moyens devant le juge, point qui pouvait être considéré comme incertain tant que la théorie de la cession feinte et de l'action *utilis* était encore en voie de formation. Il faut rapporter l'expression *in pendentis esse* à cette incertitude ; elle n'indique pas une négation absolue du recours hors le cas de société.

M. Demangeat critique cette interprétation qui ne lui semble pas claire : Julien ne dit pas que l'existence d'un recours au profit de celui qui sera forcé de payer est un point incertain ; il dit qu'on ne peut savoir si toute la dette sera supportée en définitive par celui-ci ou celui-là. Pour lui, ce qui résulte de ce texte c'est que, si du temps de Julien, on avait déjà mis en avant la possibilité d'exiger la cession des actions du créancier, du moins il n'était pas encore question d'une action feinte ou d'une action utile.

Du reste, M. Demangeat finit par s'accorder avec M. de Savigny en enseignant que plus tard, dans le dernier état du droit romain, l'action utile fut accordée tant aux *correi* qu'aux fidéjusseurs, et il en trouve la preuve dans un rescrit de Dioclétien (L. 2, C., *de duobus Reis* 8, 40) qui s'exprime ainsi : « Non potest exigere debitum creditor prohiberi, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, a quo velit. Et ideo, si provaberis te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciæ juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur. »

Mais les deux savants jurisconsultes diffèrent sur la façon d'entendre ce texte. M. de Savigny, se fondant sur le mot *communiter* employé d'habitude en matière de société, penche à admettre que dans l'espèce il y avait société

entre les débiteurs, et alors l'empereur n'eût pas voulu indiquer autre chose que le recours qui s'exerce au moyen de l'action *pro socio*. Cette interprétation ne semble pas admissible à M. Demangeat. Selon lui le mot *communiter* n'implique pas nécessairement l'idée de société ; il peut être employé dans une signification purement de fait et se référer, tout simplement au fait que deux personnes ont joué à la fois le rôle d'emprunteurs. D'ailleurs s'il y avait eu société, il est vraisemblable qu'il n'eût pas été nécessaire de consulter l'empereur sur l'existence de l'action *pro socio*, au profit de celui qui a payé toute la dette. Enfin, le mot *juvare* semble indiquer une situation telle qu'aucune action directe ne compète en faveur de la partie.

Ainsi la cession feinte que les jurisconsultes du commencement du III^e siècle admettaient déjà au profit du débiteur solidaire semble être devenue dans le droit de Justinien une règle vraiment décisive. Cette règle comme tant d'autres n'a acquis une base solide que peu à peu par la jurisprudence des tribunaux et les ouvrages des jurisconsultes. Il y a donc eu une période assez longue d'indétermination dans le droit pendant laquelle on pouvait douter dans maintes applications particulières, et ce n'est que dans la législation justinienne qu'il faut l'admettre comme droit certain et assuré.

Mais quels que soient les cas où l'action utile est donnée, notons qu'elle ne confère pas plus de droits que n'en eût donné la *procuratio in rem suam*, et ce serait une erreur que d'établir une différence entre le cas où le cessionnaire agit *procuratoris nomine* et celui où il agit en vertu d'une action utile. Les lois 3, C., 4, 39, et 5, C., 4, 45, nous montrent le cessionnaire exerçant l'action utile *suo nomine*, mais *exemplo creditoris*.

CHAPITRE V

Effets du bénéfice de cession d'actions.

§ 1. — *Rapport du créancier cédant et du cédé.*

La *procuratio in rem suam* ne suffit pas par elle-même à opérer le déplacement du droit cédé, à libérer le cédé vis-à-vis du cédant. Cet effet ne se produit que du jour où le cessionnaire engage une instance judiciaire, ou tout au moins dans le dernier état du droit, que du jour où il a signifié la cession au cédé. Jusque-là c'est le cédant qui reste maître de la créance, c'est-à-dire que le cédé continue d'être son débiteur et ne doit rien au cessionnaire. D'où les conséquences que le cédé se libère valablement par un paiement fait entre les mains du cédant, que le cédant reste libre de poursuivre le cédé, ou de conclure avec lui une convention quelconque en vue d'éteindre la créance. Ce n'est que lorsque l'un des deux faits que nous savons se sera produit que le cédé pourra repousser le cédant en lui opposant l'extinction de son droit qui aura eu lieu *ipso jure* ou *exceptionis*.

ope si le cessionnaire a fait *litis contestatio*, toujours *exceptionis ope* si le cessionnaire s'est borné à signifier la cession.

Les choses se passent-elles au cas de cession forcée comme au cas de cession volontaire? Nous avons adopté l'opinion que le paiement avec bénéfice de cession d'actions constituait en droit romain une opération à double face, cession à l'égard du débiteur, paiement à l'égard du créancier. Il nous semble donc que le cédé peut repousser les poursuites du cédant même avant la *litis contestatio* en lui opposant l'effet extinctif *ipso jure* qui résulte du paiement qu'il a reçu. Le cessionnaire devra cependant ne pas négliger de dénoncer la cession au cédé, car si celui-ci, dans l'ignorance de cette opération, payait de bonne foi entre les mains de son créancier originaire, le cessionnaire perdrait le bénéfice de la cession d'actions et serait réduit à une action *de dolo* contre le cédant.

§ 2. — *Rapports du créancier et du débiteur qui le paye.*

Tout d'abord, le créancier est-il tenu de conserver ses actions pour le débiteur qui le paye, et quelles sont les conséquences de l'impossibilité où il s'est mis de les pouvoir céder?

Pas de difficulté en ce qui concerne les débiteurs corréaux et les fidéjusseurs. La corréalité dérive d'un acte unilatéral : le créancier joue exclusivement le rôle de créancier et ne contracte aucune espèce d'obligation. La preuve que le *reus promittendi* n'est pas dispensé de la nécessité de payer toute la dette par cela seul que le créancier s'est mis dans l'impossibilité de lui faire une

cession efficace, résulte clairement de la décision donnée dans la loi 15, § 1, D., *de Fid.*, où le créancier a fait un pacte de *non petendo* avec l'un des cofidéjusseurs.

Quant aux débiteurs tenus simplement *in solidum*, la loi (45, D., *de Administr. et Peric. tut.*, 26, 7) permet au tuteur de repousser son pupille si celui-ci, après avoir libéré l'un de ses tuteurs, prétendait poursuivre l'autre pour le montant de la dette. Cette décision ne doit-elle pas être étendue à tous les débiteurs solidaires?

Il nous semble que le créancier, en se mettant hors d'état de faire une cession efficace, a méconnu son obligation et qu'on peut lui opposer la maxime : *Frangenti fidem fides frangatur*. Nous ne sommes plus liés ici par la rigueur d'une action *stricti juris* : nous sommes ici en matière d'équité.

Si l'obligation a été cautionnée par un *mandator pecuniæ credendæ*, le créancier échoue dans sa poursuite si par sa faute il a rendu la cession impossible, car le *mandator* puise non dans un *beneficium legis*, mais dans un contrat, le droit de demander au créancier, son mandataire, la cession de l'action qu'il a acquise en exécutant le mandat, et a en outre le droit de demander compte à ce mandataire de toute faute ou négligence dont il se serait rendu coupable dans l'exécution du mandat (L. 95, § 11, D., *de Solut.*, 46, 3).

Il n'y a pas entre cette loi et celles qui ont trait au fidéjusseur la moindre antinomie. Cependant, les anciens interprètes ont cru qu'il y avait incompatibilité entre la loi 95, § 11, *de Solut.*, et la loi 15, § 1, *de Fid.*, citée plus haut. Cujas a cherché à les concilier; il a conjecturé que dans l'hypothèse de la loi 95, le créancier était repoussé parce qu'il y avait quelque faute de sa part, par

exemple plus-pétition, tandis que dans la loi 15, § 1, le créancier a volontairement, par pur esprit de libéralité, fait remise de son action par un pacte; il n'y a là de sa part aucune faute qui permette au fidéjusseur poursuivi de le repousser.

Pothier, dans ses *Pandectes*, appliquait la loi 95, § 11, au fidéjusseur; mais, dans ses *Obligations* (n° 557), il avait fini par reconnaître le vrai sens des deux textes, et s'il permet encore au fidéjusseur de repousser le créancier qui, par son fait, s'est mis dans l'impossibilité de céder ses actions, c'est par équité plus que par application des textes.

Il en serait encore de même si la caution était un *fidejussor indemnitis* et que le créancier eût libéré le reus par un pacte de *non petendo*, car le *fidejussor indemnitis* ne s'engageait à payer que ce dont l'insolvabilité du débiteur principal priverait le créancier.

Nous avons dit que le créancier n'est en aucune façon tenu de conserver ses actions au fidéjusseur, mais Justinien, par sa Novelle 4, accorda au fidéjusseur l'exception d'ordre ou de discussion. On en a conclu que, dès lors, le créancier ne pouvait plus rien faire qui pût priver le fidéjusseur du bénéfice de discussion. Le bénéfice de discussion dans cette opinion est le véritable fondement du droit donné à la caution par l'art. 2037 du Code civil de repousser le créancier par l'exception *cedendarum actionum*. A partir de Justinien, le fidéjusseur serait dans cette opinion complètement assimilé au *fidejussor indemnitis* : or, celui-ci n'est tenu de payer qu'autant que le débiteur est dans l'impossibilité d'acquitter sa dette, et il a le droit, nous l'avons vu, de repousser le créancier qui aurait déchargé le débiteur.

L'obligation de conserver intactes ses actions pour le fidéjusseur existerait donc désormais pour le créancier.

La question ne nous paraît pas discutable dans ces termes généraux ; aucun texte n'autorise à tirer une pareille conséquence de l'existence du bénéfice de discussion. Mais la question devient délicate si on la restreint à l'hypothèse de la loi 22, D., *de Pactis*, 2, 14, qui prévoit le cas où le créancier a fait avec le débiteur principal le pacte suivant : *Ut duntaxat a reo non petatur, sed a fidejussore*. Désormais, semble-t-il, le fidéjusseur pouvant opposer aux créanciers la discussion du débiteur principal, le créancier se trouvera dans une impasse, car si le débiteur opposait au créancier l'exception tirée du pacte intervenu entre eux, celui-ci se trouvait dans l'impossibilité d'agir, soit contre le débiteur principal, soit contre le fidéjusseur. L'argument est subtil, mais nous croyons que c'est encore abuser du bénéfice de discussion. C'est méconnaître le but de ce bénéfice qui voulait simplement que le créancier s'attaquât d'abord au débiteur principal, dans les cas, d'ailleurs, où il peut être poursuivi. C'est une mesure d'équité de laquelle on ne peut faire résulter un droit pour la caution, attentatoire à la liberté du créancier. Mais quand bien même on reconnaîtrait que le créancier s'est mis dans une impasse en faisant un tel pacte avec le *reus*, il ne s'ensuit pas qu'on en doive conclure que désormais la caution a toujours l'exception *cedendarum actionum*. C'est rattacher au bénéfice de cession d'actions un effet qui n'est produit que par l'exception de discussion. Et ce n'est pas là une pure affaire de mots ; on sait, en effet, que Justinien avait subordonné le bénéfice de discussion à la présence du débiteur principal. Eh bien, si le pacte étant intervenu, le *reus* se trouve

absent quand le créancier poursuit la caution, celle-ci ne pouvant pas opposer le bénéfice de discussion, peut être poursuivie la première et, dès lors, le créancier ne pouvant être enfermé dans cette impasse dont nous parlions poursuivra son paiement sans avoir à redouter une exception *cedendarum actionum* qui n'a jamais existé.

De même que nous avons refusé au fidéjusseur l'exception *cedendarum actionum*, de même nous ne l'accorderons pas au tiers détenteur, bien que la Nouvelle 4, dans son chap. II, lui permit d'exiger la discussion préalable des créanciers personnels.

Quoi qu'il en soit, une fois la cession effectuée, le cédant doit mettre le cessionnaire en état de prouver ses qualités, c'est-à-dire de prouver que la créance existe ; par conséquent il doit lui transmettre tous titres ou documents à cette fin. Le cédant doit aussi au cessionnaire tout ce qu'il a perçu du débiteur, soit en paiement, soit en compensation (L. 23, § 1, D., 18, 4).

En cas de cession volontaire, le cédant devait en principe garantir l'existence actuelle de sa créance : cet effet ne s'appliquait pas au cas de cession obligatoire. Le bénéfice de cession d'actions était fondé sur ce principe d'équité : *Quod tibi non nocet, alteri vero prodest, facile concedendum*. On n'aurait pu en faire dériver pour le créancier une obligation quelconque de garantie sans en changer à la fois le but et le caractère.

§ 3. — *Rapports du cessionnaire et du cédé.*

L'utilité que le cessionnaire retirera de la cession sera très différent, selon que le *beneficium cedendarum ac-*

tionum viendra augmenter l'efficacité d'une action en recours que le cessionnaire possède déjà de son chef, ou selon qu'elle viendra suppléer à l'absence d'un recours.

Le premier cas se présentera quand le cessionnaire sera une caution et le cédé contre lequel il recourt le débiteur principal. En ce cas, l'*intercessor* a déjà de son chef soit l'action *mandati contraria* s'il a cautionné sur le mandat du *reus*, ou si s'étant porté caution sans mandat le débiteur principal a ratifié, soit l'action *negotiorum gestorum contraria*, s'il a cautionné sans mandat, et que le *reus* n'a pas ratifié. Au contraire, si la caution veut agir contre les autres coobligés accessoires, elle ne possède de son chef aucun recours contre eux, sauf le cas de société (1), et alors la cession d'actions viendra lui donner indirectement un recours qui lui faisait défaut. Il en serait de même si la caution s'était portée telle *invito debitore*, car en ce cas Justinien lui dénie l'action *negotiorum gestorum*, ou encore quand un *correus debendi non socius* voudrait recourir contre ses *correi*, ou quand une caution voudrait recourir contre un tiers détenteur (avant la Nouvelle 4) ou un tiers détenteur contre une caution après cette nouvelle.

Que s'il s'agit du recours d'un débiteur solidaire contre ses codébiteurs, l'utilité du bénéfice de cession donne lieu à une controverse.

Une opinion soutient que le débiteur solidaire qui paye la dette n'a pas de son chef de recours contre les autres, et la conséquence en est naturellement que l'effet de la cession d'actions est ici de suppléer à l'absence d'un

(1) La question était controversée de savoir, pour les *sponsores* et les *fidepromissores*, si la loi Furia avait aboli la loi Apuleia en Italie.

recours. Il n'existe, dit-on, entre ces coobligés aucun lien de droit qui puisse motiver une action en recours : accorder à celui qui paye une action *negotiorum gestorum contraria* est contraire à la doctrine qui a prévalu en droit romain que, pour avoir droit à l'action *negotiorum gestorum*, il faut avoir eu l'intention de faire l'affaire d'autrui; or, le débiteur solidaire qui paye, paye uniquement pour se libérer et non pour libérer ses codébiteurs. M. Demangeat repousse l'argument qu'on tire dans le système adverse de la loi (30, D., *de Neg. gest.*, 3, 5) qui accorde l'action *negotiorum gestorum* à un tuteur contre son cotuteur, à un magistrat contre son collègue et à un curateur contre le sous-curateur. La loi 30 s'explique par cette considération que la doctrine qui finit par prévaloir au III^e siècle ne fut pas d'abord universellement admise, et qu'une divergence d'opinions existait encore à l'époque de Valérius Sévère et de Julien sur le point de savoir si pour avoir droit à l'action *negotiorum gestorum* il fallait avoir agi dans le but d'être utile à autrui.

Nous croyons, au contraire, que les codébiteurs solidaires avaient de leur chef un recours réciproque par l'action *negotiorum gestorum utilis*. Nous sommes ici en matière d'équité, et d'ailleurs il semble bien que les Romains avaient admis des exceptions au principe que pour avoir droit à l'action *negotiorum gestorum*, il faut avoir eu l'intention de faire l'affaire d'autrui; notamment, ils accordaient l'action à celui qui avait fait l'affaire d'autrui non pas *sponte sua*, mais forcé par une nécessité juridique, ce qui est le cas du codébiteur solidaire.

Quels sont les droits qui résultent de la cession pour le cessionnaire ?

Le principe est que le cessionnaire peut et doit faire

valoir la créance absolument comme si le cédant lui-même la faisait valoir. La créance passe donc au cessionnaire avec tous les accessoires ; intérêts, hypothèques, garanties, cautionnements.

Quant aux privilèges ceux-là qui sont accordés seulement en faveur de la personne, qui ont leur raison d'être dans la personne du cédant, les *privilegia personæ* ne passent pas au cessionnaire. C'est ainsi que le privilège du pupille contre son tuteur ne pourra pas être exercé contre ses cotuteurs par le tuteur qui ayant été condamné *in solidum* a été constitué *procurator in rem suam* (L. 42, *de Admin. et Peric. tut.*, 26, 7). Au contraire ceux qui sont accordés en faveur de la *causa debendi*, qui ont leur raison d'être dans la nature de la dette, les *privilegia causæ*, peuvent être exercés par le cessionnaire.

Le cessionnaire peut opposer au cédé toutes les répliques que le cédant lui-même eût pu opposer au cédé. Si la cession émane d'un mineur de vingt-cinq ans, le cessionnaire peut comme l'eût pu le cédant, se faire restituer *in integrum*. Quant à la question de savoir si le cessionnaire peut appliquer à la créance qu'il a acquise ses propres privilèges, il faut le résoudre par le principe que le cessionnaire n'exerce pas sa propre créance, son son propre droit est décidé par suite qu'il ne peut nullement se prévaloir de ses privilèges pour ajouter au droit qu'il tient d'autrui. La position du cédé ne peut être aggravée par un acte auquel il est resté étranger (1).

Le cédé pourra opposer au cessionnaire toutes les défenses et exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le cédant, pourvu toutefois que ces exceptions aient une

(1) *Contra*, M. Gide, *op. cit.*, p. 306.

cause antérieure au payement de la dette par le cessionnaire. Le cédé pourrait même opposer les exceptions qui résulteraient de ses rapports personnels avec le cédant (1), tels que le délai de grâce ou le *beneficium competentiae*. La cession ne saurait y exercer aucune influence, car elle ne saurait priver le cédé d'un droit qu'il tient de la loi.

Si la position du cédé ne peut pas être aggravée par la cession, elle peut au contraire en être améliorée en ce sens qu'il pourra opposer au cessionnaire des exceptions qu'il n'aurait pu opposer au cédant, celles résultant de ses relations personnelles avec le cessionnaire, telles que le bénéfice de compétence ; en effet, le cessionnaire est un *mandator in rem suam*.

Il nous reste à voir dans quelles limites le cessionnaire peut user de son recours à l'égard de ceux qui étaient compris avec lui dans les liens de l'obligation.

Il est évident que le recours du débiteur accessoire contre le débiteur principal s'exercera pour le tout.

Quant au recours des *adpromissores*, des tuteurs et des magistrats municipaux contre leurs collègues, tout au moins depuis l'introduction du bénéfice de division, celui d'entre eux qui aura payé ne devra demander à chacun que sa part dans la dette (L. 1, § 11, D., 27, 3 et 45, D., 26, 7).

Quant aux tiers détenteurs, aux *rei promittendi* et aux débiteurs simplement *in solidum* autres que les cotuteurs et les magistrats municipaux, ce ne sont plus les principes, mais simplement l'équité qui nous permettra de leur accorder l'exception de division contre celui d'entre eux

(1) *Contra*, M. Gide, p. 307.

qui sera devenu cessionnaire des actions du créancier. En effet, c'est par un sentiment d'équité que les jurisconsultes romains ont établi le *beneficium cedendarum actionum*. Or, l'équité serait blessée si entre personnes dont la position est la même, l'une était forcée de faire à l'autre une avance pour le compte d'une troisième. Si l'un des codébiteurs est insolvable, nous dirons par application de ce qui a lieu en matière de bénéfice de division que la part de l'insolvable se répartit entre tous les autres. C'est encore à une idée d'équité qu'il faut rapporter la loi (12, D., *Rem pup. salv. fore*, 46, 6) qui permet aux *fidejussores tutoris* d'opposer l'exception de division à celui d'entre eux qui, ayant soldé le compte de tutelle serait devenu cessionnaire, quoique ces fidéjusseurs à la différence des autres ne jouissent pas du bénéfice de division.



DROIT FRANÇAIS

DU PAYEMENT AVEC SUBROGATION

(C. civ., art. 1249 à 1253).

CHAPITRE I

De la subrogation dans l'ancien droit.

Il est peu de matières qui aient exercé davantage la subtilité de nos anciens jurisconsultes. Chacun des éléments de cette institution fut l'objet des controverses les plus vives, de discussions sans fin, si bien que la variété des opinions des auteurs et la contradiction des décisions judiciaires firent de la subrogation un sujet des plus compliqués, rempli de doutes et de perplexités. Aussi les épithètes que prodiguaient à cette matière nos vieux auteurs, étaient des moins engageantes et nous ne pouvons résister au désir d'en citer quelques-unes. Chassanée, contemporain de Dumoulin, écrivait dans son *Commen-*

taire de la Coutume de Bourgogne : « *Materia cessionis difficilis et intricata.* » Renusson, qui a écrit un savant traité sur la matière la qualifiait « d'épineuse » et ajoutait : « Les questions de subrogation font de la peine aux avocats qui les traitent : il n'y a que les plus habiles et les plus expérimentés qui en soient capables. » Enfin Loyseau rapporte qu'une question de subrogation ayant été portée devant le Parlement de Paris, celui-ci désespérant d'en démêler les difficultés, ordonna aux parties de s'accorder.

Ainsi que nous venons de le dire, il n'est pas un des points de notre matière qui n'ait fourni dans l'ancien droit le sujet de controverses. Ainsi, plusieurs des causes de subrogation admises par le droit romain n'étaient pas universellement admises dans notre droit. Ainsi Loyseau, dont l'opinion, il faut le dire, était isolée, pensait que selon les lois romaines le créancier hypothécaire, qui payait un autre créancier hypothécaire du même débiteur, n'était pas subrogé; ainsi, la subrogation consentie par le débiteur fut pendant longtemps l'objet de résistances insurmontables qui ne tombèrent que devant l'intervention expresse du législateur.

Le désaccord n'était pas moins grand quant aux conditions requises pour obtenir la subrogation : nous avons dit déjà que Dumoulin, dans ses *Lectiones dolanæ*, essaya, en s'appuyant sur le droit romain, d'établir que la subrogation avait lieu de plein droit dans tous les cas où elle était forcée.

La nature surtout de la subrogation fut pendant longtemps l'objet des théories les plus diverses, les plus contradictoires, où les partisans des systèmes encore en présence de nos jours sur la question trouvent une

abondante collection d'arguments en faveur de leurs opinions.

Cependant ce chaos primitif, cet immense travail préparatoire avait fini par aboutir à une théorie simple, uniforme et logique, que nous trouvons exposée dans les écrits des jurisconsultes du XVIII^e siècle et particulièrement de Pothier, et qui est celle évidemment à laquelle les rédacteurs du Code ont entendu se référer.

On peut résumer ainsi qui règne dans les ouvrages de Pothier.

Le savant jurisconsulte reconnaît quatre espèces de subrogations :

I — La subrogation consentie par le créancier au profit d'un étranger qui paye la dette. Cette subrogation n'exige d'autre condition que d'être expresse.

II — La subrogation consentie par le débiteur au profit du tiers qui lui prête les fonds avec lesquels il paye le créancier.

En analysant l'arrêt de règlement du Parlement de Paris de 1690, dont nous parlerons en traitant de cette espèce de subrogation dans notre Code, on trouve que cinq conditions sont nécessaires pour sa validité.

Il faut : 1^o que l'acte d'emprunt soit passé par-devant notaires;

2^o Que la quittance soit également notariée;

3^o Que l'acte d'emprunt contienne la clause que les deniers prêtés seront employés à payer l'ancien créancier et que le nouveau lui sera subrogé;

4^o Qu'il soit fait mention dans la quittance que le paiement a été effectué avec les deniers prêtés par le nouveau créancier;

5^o Que l'acte d'emprunt soit d'une date qui précède celle du paiement, ou au moins de même date.

III — La subrogation obtenue par réquisition.

Cette catégorie comprend tous les cas où les Romains appliquaient le bénéfice de cession d'actions. Pothier nous signale en effet comme devant requérir la subrogation le codébiteur solidaire, la caution et le tiers détenteur, comprenant sous cette expression le tiers détenteur ordinaire, et l'acquéreur qui paye son prix entre les mains des créanciers hypothécaires, hypothèse qui constituait en droit romain un cas de *successio in locum*.

IV — Enfin, la subrogation avait lieu de plein droit sans qu'aucune réquisition préalable fût nécessaire dans les cas suivants :

1° Quand la dette d'un des conjoints communs avait été acquittée des deniers de la communauté, la subrogation avait alors lieu de plein droit au profit de l'autre conjoint ou de ses héritiers, pour leur part dans la communauté;

2° Quand un créancier hypothécaire paye un autre créancier hypothécaire ayant le même gage;

3° Au profit de celui qui a payé les frais funéraires ou de dernière maladie, les loyers des maisons et les arrérages de rentes foncières;

4° Dans l'hypothèse du paiement par intervention d'une lettre de change sur le point d'être protestée.

Ainsi dans le dernier état de l'ancien droit, toutes les hypothèses où nous avons vu le droit romain accorder le bénéfice de cession d'actions sont devenues des cas de subrogation.

Ceci posé, nous allons passer en revue les différentes phases par où a passé, dans l'ancien droit, la question de la nature de la subrogation et voir à quelle théorie avait fini par aboutir le dernier état de la doctrine. Pour cela nous

considérerons successivement ce qu'étaient devenues les deux théories romaines que nos anciens jurisconsultes, frappés de l'analogie de ces deux matières, ont fondue en une seule qu'ils ont appelée subrogation (1), le *beneficium cedendarum actionum* qui a fait l'objet de notre étude de droit romain, et la *successio in locum*. Enfin nous examinerons le cas nouveau de subrogation qui apparaît dans notre droit, la subrogation consentie par le créancier.

Occupons-nous d'abord du *beneficium cedendarum actionum*.

Les juristes français qui ont écrit avant le XVI^e siècle n'ont traité que superficiellement, et à l'occasion de questions particulières, de la subrogation. Ce n'est qu'à partir du XVI^e siècle que notre matière est l'objet d'études spéciales et approfondies.

Dans la première période que traverse la subrogation dans notre ancien droit, les auteurs se font de la subrogation forcée une idée toute différente de celle que les Romains s'étaient faite du bénéfice de cession d'actions. Nous avons émis l'opinion que, pour les Romains, le bénéfice de cession d'actions est un acte mixte, paiement à l'égard du créancier, cession à l'égard du débiteur. Au contraire, pour nos jurisconsultes du XVI^e siècle, c'est une cession qui ne diffère guère de la cession ordinaire. C'est ce qui ressort de deux passages de Dumoulin : Le subrogé succède, dit-il, « *in omne et tale jus quod et quale competebat cedenti* » (*de Usuris*, quæst. 49, n^o 43); et ailleurs « *cessio habet eundem effectum ac si nomen cessum cuius vendidisset* » (*de Usuris*, quæst. 89,

(1) Disons en passant que ce mot fut emprunté par nos anciens jurisconsultes au droit canonique où il avait déjà, en matière bénéficiale, un sens analogue à celui qu'il reçut en droit civil.

n° 1670), et Renusson nous apprend en parlant de ses devanciers que « plusieurs docteurs ont souvent confondu la simple cession d'actions que nous appelons subrogation avec la cession et transport, qui est une véritable vente, ce qui n'a pas peu contribué à troubler la matière de la subrogation » (chap. 2, n° 21) (1).

Quand nous disons que, pour nos auteurs du XVI^e siècle, la subrogation forcée ne diffère guère de la cession ordinaire de créances, nous n'allons pas cependant jusqu'à dire qu'ils établissaient une assimilation absolue, complète, et qu'il n'y avait aucune différence entre ces deux opérations. C'est ainsi que Dumoulin enseigne que le subrogeant n'est pas tenu à garantie : *Creditor non tenetur cedere actiones cum hoc onere ut sint efficaces, sed simpliciter quales habet*. De même, sans doute, il n'était pas permis au subrogé de réclamer au débiteur plus qu'il n'avait payé.

Mais il ne faudrait pas voir dans ces dérogations aux règles de la cession un caractère de paiement qu'aurait la subrogation forcée vis-à-vis du créancier; ces dérogations ont simplement leur raison d'être dans la cause même qui a amené l'introduction du bénéfice de cession d'actions : simple secours, la subrogation ne peut permettre au subrogé de réclamer du débiteur plus qu'il n'a payé lui-même; pur bénéfice, elle ne doit être accordée que s'il n'en résulte aucun dommage pour le créancier. « *Civili et æquitate naturali, facere tenetur quod sibi non nocet*, dit Dumoulin, *alteri vero prodest*. »

Si maintenant on étudie les auteurs des XVII^e et

(1) Nous empruntons la plupart des éléments de cette étude de l'ancien droit à la savante thèse de M. Beauregard, professeur à la Faculté de droit de Douai, sur les *Origines et la nature de la Subrogation*.

XVIII^e siècles, on voit que la subrogation forcée n'a plus, à cette époque, ce caractère de cession ordinaire qu'elle présente chez les jurisconsultes de l'époque antérieure. Elle a recouvré le caractère d'opération mixte que nous lui avons attribué en droit romain : paiement vis-à-vis du créancier, cession vis-à-vis du subrogé et du débiteur. C'est ce qui ressort des ouvrages de Domat et de Renusson, et surtout de Pothier, dont les œuvres sont l'exposé du dernier état de l'ancien droit. « C'est, dit le savant auteur, en parlant du paiement avec subrogation, un véritable paiement, car ce n'est que par une fiction que celui qui est subrogé au créancier est censé avoir plutôt acheté de lui la créance que l'avoir payée, mais cette fiction ne peut profiter qu'à lui. »

Mais le bénéfice de cession d'actions n'est pas, avons-nous dit, l'unique source de notre subrogation, qui a encore son origine dans l'institution romaine de la *successio in locum*, dont les trois principaux cas d'application sont devenus des causes de subrogation dans notre droit, à savoir :

Quand un tiers prête de l'argent à un débiteur pour payer un créancier hypothécaire ;

Quand l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, en payant son prix au vendeur, stipule que celui-ci l'emploiera à désintéresser les créanciers hypothécaires ou le remet lui-même aux mains de ces créanciers ;

Enfin quand un créancier hypothécaire désintéresse un créancier ayant hypothèque sur le même immeuble.

Ces deux institutions formèrent en droit romain deux institutions profondément différentes, le *beneficium cedendarum actionum* transférant la créance même du cédant et tous ses accessoires, la *successio in locum*

transférant au bénéficiaire seulement les hypothèques ou privilèges du créancier désintéressé, et jamais les jurisconsultes romains ne remarquèrent l'analogie qui existait entre elles et ne songèrent à les fondre en une seule théorie. Ce fut là, nous l'avons vu, l'œuvre des jurisconsultes français du XVI^e siècle.

Quoi qu'il en soit, il ne reste pas trace de cette diversité d'origine dans les ouvrages de Pothier, auquel nous devons toujours nous référer pour connaître le dernier état de nos anciennes institutions. Pothier nous présente la subrogation comme une dans ses caractères et ses effets. « C'est une fiction de droit, dit-il, par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques et privilèges à celui de qui il reçoit son dû » (*Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n^o 661). Puis, sans distinguer, il cite successivement comme cas de subrogation : le cas du *jus offerendæ pecuniæ*, le cas de l'acquéreur qui paye son prix aux créanciers hypothécaires, ceux où en droit romain s'accordait le *beneficium cedendarum actionum*, celui de la subrogation consentie par le créancier, et enfin celui de la subrogation consentie par le débiteur, à propos de laquelle il écrit : « Les principes de notre droit diffèrent de ceux du droit romain. En droit romain, quand la subrogation est consentie par le débiteur, on ne feint pas que le créancier fasse cession de sa créance : dans ce cas, le subrogé n'acquiert que les hypothèques du créancier payé. Mais les principes de notre droit sont différents. Le créancier acquiert non seulement les mêmes droits d'hypothèque qu'avait l'ancien créancier, mais la créance elle-même, avec tous les droits qui en dépendent » (*Cout. d'Orléans*, tit. XX, n^o 80).

Ainsi, au XVIII^e siècle la fusion entre les deux sources de notre subrogation est si complète qu'il n'existe plus trace de distinction entre les deux institutions qui ont donné naissance à la subrogation. La *successio in locum* a perdu son caractère propre pour emprunter celui du *beneficium cedendarum actionum*. Mais comment cette fusion s'est-elle opérée? C'est dans les écrits des civilistes que nous trouvons les origines de l'assimilation de la *successio in locum* et du *beneficium cedendarum actionum*, dans les ouvrages de Faber, de Dumoulin, de Loyseau.

C'est surtout chez le premier que la confusion apparaît absolue. Il emploie les mêmes expressions : « Succedere in jus et locum prioris creditoris, » qu'il s'agisse de cas de *successio in locum* ou de cas de cession forcée. « Quid enim aliud est in jus et locum creditoris succedere quam eadem et personalis et realis actionis jura retinere, » dit-il dans sa *Definitio III*.

La fusion est moins complète chez Dumoulin et chez Loyseau, qui distinguent des autres cas de subrogation celui où elle est consentie par le débiteur, et enseignent que, dans ce cas, ce n'est pas la créance même du créancier qui passe au bailleur de fonds, mais un droit semblable et également fort, « jus simile ac æque potens. »

Quant aux autres cas de subrogation, ils enseignent que la subrogation transmet la créance même du subrogeant à celui qui paye le créancier. C'est ce qui ressort clairement d'un texte de Dumoulin (*de Usuris*, n^o 276), où il écrit que si un créancier hypothécaire use du *jus offerendæ pecuniæ*, il est un véritable cessionnaire, tenant son droit du créancier payé : si au contraire c'est le débiteur qui consent la subrogation à celui qui lui

fournit des fonds pour se libérer, celui-ci ne reçoit aucun droit du créancier : « Nullam causam habet a primo creditore, sed solam causam habet a debitore; et tamen succedit in ipsum jus primi, saltem in jus simile ac æque potens. »

La doctrine de Loyseau est la même. Dans son *Traité des Offices* (liv. III, chap. VIII, n^{os} 80 et suiv.), où il consacre quelques pages à la subrogation, il déclare ne pas admettre en droit français l'existence de la *successio in locum*; seulement, de la manière dont il s'exprime, il résulte bien que pour lui la *successio in locum*, en droit romain, transférerait la créance elle-même. Mais il fait la même distinction que Dumoulin au point de vue de la subrogation consentie par le débiteur; pour lui, comme pour Dumoulin, cette espèce de subrogation, à la différence des autres, ne transfère pas la créance même du créancier, mais une créance identique. « Cette action du second créancier n'est pas tout à fait la même, dit-il, qu'avait le premier, mais une autre toute pareille. »

L'ordonnance de 1609, rendue dans des circonstances que nous indiquerons plus tard, vint consacrer législativement la validité de la subrogation consentie par le débiteur qui avait soulevé tant d'opposition dans la pratique, et en même temps faire faire un dernier pas à l'unité de la subrogation en ne permettant plus de distinguer cette cause de subrogation des autres. « Ceux, dit cet édit, qui bailleront leurs fonds aux débiteurs de rentes constituées au denier douze, avec stipulation expresse de succéder aux hypothèques des créanciers, seront subrogés aux droits, hypothèques, noms, raisons et actions des anciens créanciers. »

Il était difficile de soutenir devant un texte aussi formel

que la subrogation consentie par le débiteur ne transférait pas la créance même de l'ancien créancier. Néanmoins on ne cessa pas de suite de distinguer encore cette subrogation des autres. Ainsi Basnage, qui a écrit postérieurement à l'édit de 1609, fait encore cette distinction. Mais ce ne sont plus là que des résistances isolées, et désormais les jurisconsultes n'établissent plus de différences. Nous lisons en effet dans Renusson (chap. XIV, n° 2) : « Nos lois n'ont pas admis de subrogations de différentes natures; celle qui se fait de plein droit et celle qui vient de la convention ont même effet et font passer également au subrogé les droits du créancier qui a été payé. La dette ne change pas de nature; elle passe avec ses accessoires au subrogé. »

La même doctrine apparaît chez Domat et chez Pothier. Domat s'exprime à peu près ainsi : La subrogation est le changement qui met une autre personne au lieu du créancier. Ce changement s'opère de plusieurs façons : par vente de la créance, par subrogation consentie par le débiteur et enfin par l'effet de la loi, et il termine l'énumération des causes qui mettent une autre personne au lieu du créancier en disant : « On voit que dans toutes ces sortes de subrogation, le droit du créancier passe à un autre qui entre en sa place » (*Lois civiles*, liv. III, tit. I, pp. 208 et 209).

Quant à Pothier, nous avons suffisamment établi qu'il ne faisait pas de distinction entre les diverses causes de subrogation.

Quant à la subrogation consentie par le créancier à un étranger, elle n'apparaît pas dans notre ancienne jurisprudence avant le XVIII^e siècle. Les auteurs du XVI^e siècle, Dumoulin, Loyseau, et ceux du commencement du XVII^e,

tels que Basnage, ne semblent pas prévoir l'existence d'une pareille sorte de subrogation et sont unanimes à déclarer que le créancier, quand il subroge, fait une véritable cession. Renusson lui-même ne diffère pas sur ce point de ses prédécesseurs : il repousse toute distinction entre cette subrogation et la cession transport et lui attribue tous les effets d'une cession ordinaire (chap. 10, n° 23). Il déclare en conséquence très positivement qu'elle fait naître l'obligation de garantie.

Il semble cependant que, dès cette époque, la question était entrée dans le domaine de la discussion, car nous voyons Renusson, dans un autre passage de son Traité, mettre en question : « Si telle subrogation serait véritablement cession et transport » (chap. 15, n° 6).

Quoi qu'il en soit, au XVIII^e siècle, la question est tranchée, et la distinction définitive de la subrogation consentie par le créancier et de la cession transport est chose faite. Dès lors, cette espèce de subrogation présente le caractère d'opération mixte que nous lui avons reconnu. Domat déclare, en effet, qu'il est égal pour l'effet du transport à celui qui paye pour le débiteur, que ce soit son coobligé ou sa caution, ou une tierce personne. Quant à Pothier, faut-il encore répéter qu'il comprend dans une même définition toutes les causes de subrogation, qu'elle soit conventionnelle ou légale, qu'elle soit consentie par le débiteur ou par le créancier ?

Il résulte donc de ce rapide exposé que dans le dernier état de l'ancien droit, la lumière avait pénétré dans le chaos de doctrines diverses qui formaient autrefois la matière de la subrogation et que la théorie de cette institution pouvait se ramener à ces deux principes :

1^o Les effets de la subrogation sont toujours les mêmes, quelle que soit la cause d'où elle dérive :

2° Le paiement avec subrogation est une opération à double face; entre le subrogé et le débiteur ou ses ayants cause, c'est une cession fictive; entre le subrogeant et le subrogé, c'est un paiement ordinaire, extinctif de la dette.

Les controverses innombrables et les difficultés auxquelles avait donné lieu la subrogation dans notre ancien droit la désignaient donc à l'attention spéciale des législateurs de 1804, et cependant les travaux préparatoires du Code en font à peine mention. Quatre articles ont paru suffisants pour une matière aussi considérable. Une pareille concision est regrettable; c'est traiter beaucoup trop brièvement une matière si importante, dont les applications sont si nombreuses et dont l'intérêt pratique apparaît tous les jours. Aussi ne doit-on pas s'étonner des controverses nombreuses qu'elle souleve encore aujourd'hui, soit quant à sa nature, soit quant à ses effets, soit quant à ses cas d'application?

CHAPITRE II.

Nature et caractères du paiement avec subrogation.

Avant d'entrer dans l'étude des controverses qui se sont élevées au sujet de la nature du paiement avec subrogation, établissons en quoi consiste cette opération, et quel en est le caractère général.

Lorsqu'une dette est payée par le débiteur et avec son propre argent, la dette est éteinte et avec elle tous ses accessoires, privilèges ou hypothèques, cautionnements, etc... Lorsqu'elle est payée par un tiers ou par le débiteur lui-même avec des fonds empruntés à cet effet, la dette est comme dans la précédente hypothèse éteinte avec tous ses accessoires. Mais le débiteur libéré de sa dette se trouve en avoir contracté une autre : le tiers qui a payé ou qui a prêté l'argent avec lequel le paiement s'est effectué a contre le débiteur, si nous ne supposons pas qu'il ait voulu lui faire une libéralité, une action; action de mandat quand il a payé par la volonté de ce débiteur, action de gestion d'affaires s'il a payé spontanément, action de prêt s'il a fourni les deniers employés en paiement de la dette. Ces trois actions sont des actions personnelles dénuées de toute garantie accessoire et

laissant le nouveau créancier exposé à toutes les chances de l'insolvabilité du débiteur, au lieu que le créancier primitif était peut-être dans une position meilleure : il s'était fait constituer une hypothèque, il avait reçu une caution et par conséquent sa créance était mieux garantie que la créance nouvelle. Or, un pareil état de choses est éminemment fâcheux au point de vue de l'utilité pratique ; en laissant confondus dans la masse des créanciers chirographaires, exposés à ne pouvoir recouvrer leurs avances, ceux qui seraient disposés à employer leur argent à venir au secours des débiteurs malheureux et obérés, on ne permet que difficilement au débiteur de trouver des bailleurs de fonds pour se dégager des liens d'une dette peut-être oppressive et qu'il aurait intérêt à remplacer par une dette moins lourde. Il y a là un obstacle au développement du crédit privé et par suite du crédit public. Et c'est alors qu'apparaît l'utilité de la subrogation qui en faisant succéder, en subrogeant aux droits et actions de l'ancien créancier, le créancier nouveau dont les fonds servent à payer la dette, lui assure d'une manière efficace le recouvrement de l'avance qu'il va faire.

Ainsi, la subrogation est une institution bienfaisante qui profite à la fois au débiteur qui y trouve des moyens de libération qui lui seraient fermés sans cela, au créancier ancien qui grâce à elle reçoit un paiement qu'il n'eût peut-être pas reçu, au nouveau créancier dont elle garantit énergiquement le recours.

Voilà sommairement exposé le but de la subrogation. Mais quel est le caractère juridique de cette opération, quelle est la nature de ce bénéfice ? Cette question importante a soulevé une des plus fameuses controverses du Code civil.

On peut compter jusqu'à quatre systèmes sur cette question.

Un premier système enseigne qu'il n'y aurait aucune distinction à établir entre la subrogation personnelle et la cession de créance. Cette opinion, presque abandonnée aujourd'hui, n'est pas soutenable.

Le Code distingue en effet le paiement avec subrogation de transport des créances : il traite de l'un dans le titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles et de l'autre dans le titre de la Vente : ce qui prouve bien qu'il les considère comme deux opérations juridiques distinctes. Et en effet, la cession n'est qu'un transport des droits du cédant au cessionnaire ; le paiement avec subrogation est en même temps un paiement et une cession, et si, partant de cette idée que la subrogation se lie intimement à un paiement, on cherche à se fixer sur la nature de cette opération comparée à celle de la cession proprement dite, on arrive à cette comparaison : La cession est une opération qui, dans l'intention des parties ne tient pas compte de l'intérêt du débiteur cédé ; elle est toute dans l'intérêt du cédant et du cessionnaire. Il y a de la part du créancier qui cède intention de vendre, et de la part du cessionnaire intention d'acquérir. Que s'il s'agit au contraire du paiement avec subrogation, si on n'oublie pas qu'avant la cession il faut tenir compte du paiement qui est l'élément préliminaire, on trouve que celui qui a acquis les droits du créancier n'a pas songé seulement à ses intérêts comme dans la cession, mais qu'il a d'abord et avant tout voulu aider le débiteur. Le cessionnaire cherche un bénéfice, il se propose un but de spéculation ; tout autre est l'intention de celui qui paye la dette d'un autre avec subrogation ; il ne se propose pas

de l'acquérir pour gagner, il veut seulement ne pas perdre et s'assurer contre les pertes possibles que pourrait lui causer son opération.

Sans doute il peut y avoir lieu de rechercher quel a été en fait le véritable caractère de l'opération, mais s'il est reconnu que l'intention des parties a été non pas de vendre et d'acheter, mais de faire un paiement et de libérer le débiteur, il faudra décider que le paiement avec subrogation est une opération absolument différente de la cession de créance.

Un second système, moins absolu, proposé par Toullier et qui a rencontré des défenseurs dans MM. Delvincourt, Duvergier, Championnière et Rigaud (1), distingue entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale, et dans la subrogation conventionnelle il distingue entre celle qui est consentie par le créancier et celle qui est consentie par le débiteur.

On peut le décomposer en deux propositions : 1° la subrogation consentie par le créancier ne diffère en rien de la cession ; 2° lorsque le débiteur subroge lui-même celui qui lui a prêté l'argent avec lequel il a payé le créancier, la subrogation ne transmet pas au subrogé les mêmes droits qui appartenaient au créancier, mais des droits nouveaux, pareils d'ailleurs et de force égale à ceux de l'ancien créancier : *Jus simile ac æque potens*.

Réfutons en quelques mots chacune de ces assertions. Cette distinction entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale suffit pour ruiner le système, car quant aux effets qu'elles peuvent produire, le Code n'a pas

(1) Delvincourt, t. II, p. 559 — Duvergier, continuation de Toullier, t. XVII, n° 92 et suiv. — Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, n° 1246 et suiv.

distingué entre les diverses espèces de subrogations. Légale ou conventionnelle, émanant du créancier ou du débiteur, l'effet produit est toujours le même.

Il n'est pas un article qui autorise une distinction dans les effets de la subrogation eu égard aux causes d'où elle dérive. L'art. 1252, le seul qui en détermine les effets est conçu au contraire dans des termes qui excluent toute distinction. « La subrogation établie par les articles précédents..., » dit-il.

La disposition est générale et comprend aussi bien la subrogation consentie par le créancier que les autres cas de subrogation. Or, comment comprendre la décision de l'art. 1252 dans le système Toullier ? N'est-il pas de principe que le cessionnaire partiel a un droit égal à celui du cédant, et comment soutenir après cela que la subrogation consentie par le créancier n'est autre chose qu'une cession ?

D'ailleurs, si l'opération dont il s'agit n'est qu'une cession, qu'une vente de créance, comment se fait-il que le Code la prévoie et la réglemente sous la rubrique de paiement avec subrogation !

M. Toullier prétend qu'il ne faut pas tenir compte de l'emploi de ce terme de « subrogation. » Ce mot, quand il s'applique à l'hypothèse où tout se passe, entre le créancier et le tiers intervenant pour le payer, n'est qu'un synonyme de cession. En droit romain, dit-il, on distinguait le cas où le créancier consentait de son plein gré à transmettre ses droits, de celui où la loi effectuait ce transport. Au premier cas, les Romains disaient qu'il y avait *cessio nominis* ; au second cas, ils appelaient l'opération *successio in locum prioris creditoris*. Cette succession fut appelée par nos anciens auteurs du nom de *subrogation*

et ce mot aurait dû conserver le sens spécial des mots *successio in locum* du droit romain, mais les notaires considérant le mot de *subrogation* comme plus énergique, l'employèrent même dans les actes de cession ordinaire. Les rédacteurs du Code ont reproduit la même confusion.

Si on admet cette explication, il faut reconnaître que le Code confond non seulement les mots, mais encore les idées, et attribuer au mot « subrogation » le sens qu'on lui donne, c'est prêter au législateur un langage absurde.

Il est vrai que l'ancien droit ne fit pas pendant longtemps de différence entre la subrogation consentie par le créancier et une cession ordinaire, mais au XVIII^e siècle, la distinction entre les deux opérations nous apparaît définitivement établie dans les ouvrages de Domat et de Pothier.

Quant à la seconde proposition de M. Toullier, elle aurait, si elle était fondée, une conséquence pratique importante que le savant doyen expose ainsi : « Si le débiteur a vendu le fonds hypothéqué à la charge de l'hypothèque, il ne peut plus subroger dans cette hypothèse celui qui lui prêterait les deniers parce que l'hypothèque est éteinte avec le droit du créancier, et que la subrogation faite par le débiteur ne pouvant conférer qu'un droit nouveau, il se trouverait conférer une hypothèque sur la chose d'autrui. »

Mais, ainsi que nous l'avons établi, il résulte de l'examen attentif du Code que tous les textes repoussent une distinction dans les effets de la subrogation eu égard aux causes d'où elle dérive. Et d'ailleurs, qui ne voit l'inconséquence de cette doctrine ? Si le droit consenti par le débiteur est un droit nouveau, celui-ci ne peut pas plus consentir une hypothèque nouvelle au préjudice des hypothèques qu'il a antérieurement concédées qu'il ne peut en consentir une nouvelle sur un immeuble qui ne lui

appartient plus. Et alors le bénéfice de la subrogation est considérablement entamé.

Que ç'ait été là l'opinion des jurisconsultes du XV^e et du XVI^e siècle, nous ne le contestons pas, mais à partir de la célèbre déclaration de 1609, sur laquelle nous reviendrons, elle n'était plus soutenable, et tous ceux qui ont écrit postérieurement, Renusson, Domat, Pothier, nous montrent que ce sont les droits mêmes du créancier et non des droits nouveaux que la subrogation consentie par le débiteur transmet au subrogé.

Un troisième système enseigne que la subrogation n'est que l'attribution légale ou conventionnelle des accessoires de l'ancienne créance éteinte par le paiement fait avec l'argent d'un tiers à la nouvelle créance née du paiement ou du contrat de prêt qui a procuré au débiteur les fonds avec lesquels il s'est libéré.

Ce système, qui a joui d'une plus grande faveur que les précédents et demande une réfutation plus approfondie, a été soutenu par M. Merlin d'abord et depuis par MM. Bugnet et Marcadé; mais il a surtout trouvé un défenseur dans M. Grappe, qui à l'occasion d'un procès où se trouvait intéressé M. de Talleyrand, rédigea une consultation qui offre, selon l'expression de M. Bugnet, un traité complet sur la matière (1).

L'importance pratique de cette doctrine est considérable et apparaît surtout quand on recherche les droits que la subrogation transmet au subrogé. Elle aurait pour conséquence de restreindre d'une manière très regrettable

(1) Merlin, *Répertoire de jurispr.*, Subr. de personnes, sect. 2, § 1 — Bugnet, sur Pothier, t. I, p. 661, n^{os} 2 et 3; t. II, p. 299, n^o 1, et p. 300, n^o 2 — Marcadé, sur l'art. 1236, t. IV, p. 549 — La consultation de M. Grappe est rapportée par Merlin dans ses *Questions de droit*, v^o Subrog., § 1^{er}.

les effets de la subrogation. Il serait impossible, en effet, de conserver au subrogé les avantages résultant de la nature de la créance, puisque cette nature aurait changé. Le titre du créancier ne serait plus le même, et il faudrait nécessairement tenir compte de ce fait que le nouveau créancier est un mandataire, un gérant d'affaires, un prêteur, au lieu d'être ce qu'était le subrogeant.

Les conséquences de ce changement de qualité seraient considérables. Ainsi le nouveau créancier ne pourrait pas user du titre exécutoire délivré à l'ancien, car le droit à l'exécution parée n'est pas un accessoire de la créance, il est attaché au titre, dépend dès lors de la nature de ce titre et se perd quand le titre change.

Il ne pourrait pas contraindre par corps le débiteur quand le subrogeant aurait eu ce droit en vertu de la loi du 22 juillet 1867. La créance première était commerciale, le subrogé mandataire, gérant d'affaires ou prêteur, n'ayant fait qu'une affaire civile, ne pourrait avoir recours qu'à la juridiction civile.

Les partisans de ce système raisonnent ainsi : le paiement, qu'il soit fait par le débiteur ou qu'il soit fait par un tiers, éteint la dette et par conséquent l'action du créancier qui le reçoit. Or, si cette action est éteinte, il n'est pas possible qu'elle puisse se retrouver dans la personne du subrogé. Il ne se peut pas qu'une créance éteinte fasse l'objet d'une cession; un droit qui ne subsiste plus ne peut pas être aliéné, la subrogation ne peut pas faire revivre une dette éteinte.

Si on l'admettait, dit M. Marcadé, il s'ensuivrait que les mots « paiement avec subrogation » signifieraient extinction avec continuation, anéantissement avec maintien, et ne formuleraient dès lors qu'une absurdité.

Ainsi les savants partisans de cette opinion objectent qu'on ne peut céder ce qui est éteint, mais leur système va, lui aussi, contre ce principe, car ils admettent que la subrogation transfère au subrogé les sûretés accessoires de la créance primitive. Mais si le paiement a éteint la créance, les sûretés accessoires sont forcément tombées avec elle. La subrogation qui ne peut pas faire revivre l'obligation principale du débiteur, ne pourra pas non plus ressusciter l'obligation accessoire de la caution.

M. Grappe a prévu l'objection et a essayé d'y répondre : il imagine de dire que l'ancien créancier est censé avoir vendu la créance et que cette cession fictive modifie le paiement, non pas en ce qui touche la créance elle-même, car une fiction ne peut altérer la vérité et ressusciter une dette éteinte, mais au point de vue des accessoires qui sont réputés encore existants au profit du nouveau créancier. Ainsi, de l'aveu de M. Grappe, le subrogé est bien censé succéder à la créance même de celui qu'il vient de désintéresser, mais sa fiction est d'une étrange nature. Elle ne peut pas atténuer la vérité et faire revivre une dette éteinte, mais elle atténue la vérité et ressuscite des accessoires éteints. Qui ne voit que du moment qu'on admet une fiction pour conserver les accessoires de l'ancienne créance, rien n'empêche d'appliquer la même fiction à la créance même? Cette inconséquence suffirait à elle seule à condamner ce système.

Quant à l'argument de M. Marcadé, nous pouvons dire qu'il porte complètement à faux. Sans doute, si nous assimilions entièrement la subrogation et la cession de créances, les expressions du Code « paiement avec subrogation » constitueraient une absurdité, mais il n'en est pas ainsi. Le paiement avec subrogation est, ainsi que

nous l'établirons, un acte mixte, et les expressions du Code sont très heureusement choisies pour caractériser cette opération, puisqu'elle consiste à notre sentiment en un paiement, c'est-à-dire en une extinction vis-à-vis du créancier, en une cession, c'est-à-dire en une continuation à l'égard du débiteur et du subrogé, et à coup sûr il n'y a rien d'absurde à ce que la dette disparaissant à l'égard d'une des parties continue à exister vis-à-vis de l'autre.

On objecte cependant dans l'opinion que nous combattons que la loi considère évidemment le paiement avec subrogation comme une opération extinctive de la créance, puisqu'elle le place au chapitre de l'extinction des obligations sous la section du paiement. Or si on prétend que la subrogation transfère la créance elle-même, le paiement accompagné de subrogation n'est point une cause d'extinction des obligations, puisqu'il laisse subsister la créance et tous ses accessoires : la subrogation, au lieu d'être une modalité, un accident du paiement, le transforme en une vraie cession.

Cette objection serait juste si la fiction sur laquelle la subrogation repose était absolue, mais il n'en est rien. Il y a selon nous dans le paiement fait avec subrogation deux opérations simultanées, mais distinctes : le paiement qui éteint la dette avec tous ses accessoires, la subrogation, fiction juridique qui la fait considérer comme encore existante. Mais cette fiction n'est pas opposable à l'ancien créancier par le subrogé, ni au subrogé par l'ancien créancier, en sorte que dans leurs rapports le paiement a éteint la dette avec tous ses accessoires, comme un paiement pur et simple. Ce n'est que dans les rapports du subrogé avec le débiteur et ses ayants cause que la créance est réputée cédée. Ainsi la subrogation n'est qu'une clause

accidentelle du paiement ; elle en modifie les effets, mais seulement sous certains rapports.

On objecte encore qu'aux termes de l'art. 1250 la subrogation peut être consentie par le débiteur : or, comment dire dans ce cas que la subrogation est une cession de la créance ? Comment le débiteur pourrait-il céder ce qui ne lui appartient pas ? Mais d'abord, si cette objection était fondée, qu'en résulterait-il ? Que la subrogation ne serait pas possible, même quant aux accessoires de la créance : car s'il est vrai que le débiteur ne peut pas céder la créance, il est évident qu'il ne peut pas céder davantage les accessoires qui en font partie. D'ailleurs l'objection serait juste en pur droit, mais nos adversaires reconnaissent que la subrogation est une fiction. Pourquoi dès lors s'étonner de voir la créance cédée par le débiteur ? Tout n'est-il pas possible sous l'empire des fictions ? Au reste, la subrogation du n° 2 de l'art. 1250 émane de la loi plutôt que du débiteur. Elle émane du débiteur en ce sens que c'est en raison de son consentement formel que la loi intervient pour dire que le créancier est censé avoir vendu sa créance. Ce n'est donc pas le débiteur, mais le créancier qui est censé vendre (Mourlon, *Traité des subrogations*, p. 142).

Faisons remarquer que pour être logique dans l'opinion que nous combattons, il faudrait aller jusqu'à dire que si l'action du subrogé était une action nouvelle, on devrait lui refuser les hypothèques légales du subrogeant, car ces hypothèques garantissent certaines créances à raison de leur qualité et n'auraient plus raison d'être à propos d'une créance fondée sur la gestion d'affaires ou le prêt. Alors on introduirait une distinction dans l'art. 1250 qui est général. Et cela serait si rigoureusement vrai des

privilèges qui, d'après le texte même de la loi, sont attachés à la qualité de la créance, et dont on ne pourrait comprendre la transmission à une nouvelle créance dont la cause n'a pas mérité la faveur de la loi, au point d'être garantie par un privilège. La conséquence de ce système serait donc que la subrogation ne pourrait transmettre ni les hypothèques légales, ni les privilèges, ce qui est inadmissible en présence du texte de l'art. 1250.

Ajoutons pour terminer la réfutation du système Merlin qu'il est contraire au but que s'est proposé la loi en établissant la subrogation. La subrogation est en effet un moyen de crédit : plus on étend ses effets, plus on rentre dans l'esprit de la loi. Or le but que s'est proposé la loi ne sera évidemment pas atteint dans le système qui ne permet au débiteur d'offrir à son nouveau créancier que quelques-unes des garanties de l'ancien, qui le prive de toutes celles qui tenant à la nature même de la créance, ne peuvent exister sans elle et ne peuvent être acquises au subrogé qu'à la condition d'acquérir la créance même qu'il a payée.

Ce système ne peut pas plus s'appuyer sur les précédents historiques que sur les principes.

M. Grappe, dans sa consultation, remontant jusqu'au droit romain, invoque la loi 2, C., *De his qui in pr. loc.* Cette loi, dit M. Grappe, ne donne pas au nouveau créancier l'action, la créance de l'ancien, mais seulement sa place et le même rang, le même ordre d'hypothèque. « Ejus locum cui pecuniam numerasti consecutus es. »

Et c'est, dit le savant avocat, la doctrine qui a toujours été suivie par les meilleurs jurisconsultes. Loyseau, dans son *Traité des Offices* (liv. III, chap. II, n° 9), écrivait : « Les lois qui parlent de l'action du second créancier ne

disent pas que : *Secundus creditor succedit in actionem primi*; mais disent : *In locum primi, id est, in ordinem hypothecæ.* »

M. Grappe cite encore un texte de Dumoulin (*de Usuris*, quæst. 49), qui expose la même doctrine; et va même jusqu'à prétendre retrouver cette opinion chez Pothier en se basant sur ce passage : « Lorsqu'un créancier d'une rente en a reçu le rachat, quoiqu'il ait subrogé à ses droits celui qui lui a fourni les deniers, néanmoins la rente est véritablement éteinte, et les droits d'hypothèque que les créanciers de ce créancier avaient dans cette rente le sont aussi : en quoi la subrogation diffère du transport. »

- La célèbre ordonnance de 1609 n'arrête pas M. Grappe. Cet acte porte que le subrogé succède « aux droits, aux hypothèques, aux noms et raisons, aux actions de l'ancien créancier. »

L'ordonnance, dit M. Grappe, n'a rien fait de nouveau. Elle n'a eu d'autre objet que de faire participer les pays coutumiers aux avantages des lois romaines; or celles-ci ne conservaient dans la subrogation que les privilèges et hypothèques. Le mot *action*, d'après lui, s'entend de l'action qui résulte des privilèges, hypothèques et cautionnements. Et d'ailleurs, ajoute-t-il, on sait que l'ordonnance a eu pour but de fournir aux débiteurs le moyen de se libérer, avec des fonds empruntés à un taux plus modéré; or, si la subrogation consentie par le débiteur, au profit de son nouveau créancier, devait conserver l'ancienne créance, l'ordonnance manquerait son but, puisque, par la subrogation, le débiteur n'aurait fait que changer de créancier. La preuve que l'ancienne dette s'était anéantie, c'est que les débiteurs, au lieu d'une rente au denier douze, en payaient désormais une au denier seize.

Nous trouverons facilement réponse à tous ces arguments.

Quant au droit romain, la loi 2, au Code, vise un cas de *successio in locum*, dont l'effet était bien de ne faire acquérir au bénéficiaire que les hypothèques ou privilèges du créancier désintéressé, mais nous avons dit que cette institution avait disparu dans notre droit et que les principes du bénéfice de cession d'actions avaient prévalu.

Les arguments tirés de notre ancienne jurisprudence ne sont pas plus probants.

Loyseau, en disant qu'en droit romain le subrogé succède seulement « *in locum primi, id est, in ordinem hypothecæ,* » n'entend parler que de la subrogation consentie par le débiteur. Nous avons en effet, signalé la distinction qui se faisait dans l'ancien droit entre cette subrogation qui ne transférait qu'un « *jus simile et æque potens* » et non pas la créance même, et les autres subrogations. Encore avons-nous dit que cette distinction disparut après l'édit d'Henri IV.

Quant au texte de Dumoulin, si on veut se donner la peine de vérifier ce passage, dit M. Toullier, on verra que ce n'est qu'une objection que Dumoulin se fait selon son habitude, pour la réfuter ensuite ; sa véritable opinion il l'exprime en ces termes : « *Sed his non obstantibus, concludo pro priori parte affirmativa, quia veritas juris est, quod is cui ex præfata necessitate juris fieri debet, et fit cessio, succedit in omne et jus quod et quale competeat cedenti.* »

Pour ce qui est de l'ordonnance de 1609, M. Grappe a donné une explication fantaisiste du mot *actions*, mais il s'est gardé d'en donner une des mots « *raisons et noms* » qui s'appliquent évidemment à la créance même. L'objec-

tion tirée de ce que, si le subrogé eût conservé l'ancienne créance, l'ordonnance eût manqué le but auquel elle tendait, serait décisive si la subrogation, considérée comme cession fictive, ne différerait en aucun point de la cession réelle ; mais justement, elle en diffère en ce point essentiel que l'ancienne créance n'est cédée au subrogé que dans la limite de la créance qui lui appartient de son chef.

Enfin M. Grappe n'est pas plus heureux en citant Pothier ; Pothier vient de dire : « Le paiement avec subrogation est un vrai paiement, et ce n'est que par une fiction de droit que celui qui est subrogé est censé avoir plutôt acheté la créance qu'il l'avoir payée, laquelle fiction ne peut profiter qu'à lui. » Et alors il ajoute, comme conséquence de cette dernière phrase, que la fiction ne profitera pas aux ayants cause du créancier et que, par exemple, les droits d'hypothèque que les créanciers du créancier payé avaient dans cette rente, sont éteints aussi (*Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n° 67).

Le quatrième système auquel nous nous arrêtons, enseigne que le paiement avec subrogation est un acte mixte, paiement à l'égard du créancier payé, cession à l'égard du débiteur et du subrogé, cession non pas seulement des accessoires mais de la créance elle-même, et dont le but est d'assurer le plus efficacement possible au subrogé le recouvrement de l'avance qu'il a faite (1).

Nous avons déjà, en réfutant les systèmes Toullier et Merlin, indiqué la plupart des arguments sur lesquels repose ce système.

(1) Mourlon, *Traité des Subrogations*, pp. 6 à 14 — Colmet de Santerre, t. V, n° 189 bis, 1 à 5 — Aubry et Rau, t. IV, pp. 168-69 — Larombière, t. III, art. 1250, n° 7 — Demolombe, *Traité des Contrats*, t. IV (ou t. 27), n° 326.

Telle était la doctrine de Pothier qui écrivait (*Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n^{os} 66 et 67) : « La subrogation est une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, privilèges et hypothèques à celui de qui il reçoit son dû. Et peu importe la nature de la subrogation ; qu'elle soit conventionnelle ou légale, le principe est le même. Celui qui est subrogé au créancier est, dans tous les cas, réputé avoir acheté plutôt sa créance que l'avoir payée ; il n'acquiert donc pas seulement les mêmes hypothèques qu'avait l'ancien créancier, mais sa créance même. » Et tout cela lui semble si peu contestable qu'il ne prend pas la peine d'en faire la justification. Il se contente de rappeler l'édit de 1609 qui permet au débiteur de transporter à celui qui lui prête les fonds destinés au paiement de la dette, les droits, hypothèques, noms, raisons et actions du créancier.

Rien ne prouve que les rédacteurs du Code aient entendu changer la nature de la subrogation, telle que l'entendait Pothier. Au contraire, les travaux préparatoires nous fournissent des arguments en faveur de notre théorie : « Une obligation, disait M. Bigot de Préameneu, peut être éteinte à l'égard du créancier par le paiement que lui fait un tiers subrogé dans ses droits, sans que cette obligation soit également éteinte à l'égard du débiteur. » D'après l'art. 1250-1^o, le subrogé acquiert les droits, actions, privilèges et hypothèques du créancier originaire. C'est la même formule que celle qui nous est donnée par Pothier qui lui-même l'avait empruntée à l'édit de 1609. Cette énumération établit bien la conservation de la créance, ce qui est indiqué par les mots *droits et actions* et celle des accessoires. Bien plus, les textes ne mentionnent souvent que la conservation des droits sans parler de celle des

accessoires. Tant il est vrai que dans la pensée de la loi l'effet direct et principal de la subrogation est de transmettre la créance du subrogeant au subrogé, qui en acquiert aussi les accessoires, mais par voie de conséquence, parce que le droit principal lui est déjà transmis.

Ainsi, nous le répétons, le paiement avec subrogation est une opération à double face : paiement vis-à-vis du créancier désintéressé, cession vis-à-vis du débiteur et du subrogé, mais il ne faut pas oublier que la subrogation a tout son fondement dans l'équité. Or l'intention des parties n'a pas évidemment été de faire du subrogé à l'encontre du débiteur un cessionnaire ordinaire : même entre eux, c'est le caractère du paiement qui prédomine.

Aussi M. Demolombe propose de modifier la formule et écrit : « Il y a paiement sous l'un et sous l'autre rapport, soit envers le créancier qui a reçu, soit envers le débiteur que le paiement a libéré. Mais pour assurer au tiers qui a payé le recouvrement de son avance, la loi met pour ainsi dire au service de la nouvelle créance toutes les garanties que le créancier payé aurait eues sans distinguer entre celles qui ne sont que des accessoires et celles qui sont inhérentes à la créance, laquelle est censée subsister à l'effet de faciliter le recouvrement de la créance nouvelle que le paiement a fait naître (Demolombe, *Traité des Contrats*, t. IV, n° 326).

Cette formule nous paraît prêter à confusion avec le système Merlin, et nous préférons maintenir celle que nous avons présentée, mais en la tempérant par cette considération que, si la subrogation est dans les rapports du débiteur et du subrogé une cession, c'est une cession accordée à titre d'auxiliaire uniquement pour protéger

l'action qui appartient de son chef au subrogé (Mourlon, *Traité de la Subrogation*, p. 12).

Maintenant que nous avons déterminé la nature que présente, selon nous, le paiement avec subrogation, nous croyons nécessaire d'examiner quelques-unes des conséquences qui découlent des caractères que nous avons attribués à cette opération, dussions-nous anticiper un peu sur le chapitre consacré aux effets de la subrogation.

I — Le subrogé ne peut répéter contre le débiteur qu'il a libéré par son paiement que le montant de ce qu'il a effectivement payé pour lui. Si donc le créancier faisant une remise consent à donner une quittance pour solde sans recevoir la totalité de ce qui lui est dû, c'est au débiteur que cette remise doit profiter.

S'il s'agissait d'une cession au contraire, le cessionnaire pourrait poursuivre le cédé pour le montant intégral de la créance cédée. Cette restriction aux droits du subrogé se justifie par cette considération que celui qui a voulu rendre service, qui a tendu principalement à la libération du débiteur, ne peut aspirer qu'à être indemnisé et ne doit pas prétendre à des bénéfices comme celui qui a ouvertement fait une spéculation.

S'il est possible de dire que la créance est encore dans les mains du subrogé, ce n'est que par une fiction de droit, afin seulement de lui assurer le recouvrement de la créance nouvelle que le paiement a fait naître à son profit. L'action primitive, nous l'avons dit, n'est accordée au subrogé qu'à titre d'auxiliaire. L'action qu'il a de son chef reste l'action principale, et l'action originaire en devient en quelque sorte l'accessoire. Elle ne peut donc conférer au subrogé un recours plus étendu que celui qu'il a de son chef : elle assure seulement l'efficacité de ce

recours : or, par l'action qu'il a de son chef, le subrogé ne peut évidemment obtenir que ses déboursés.

II — Le subrogé n'a pas droit à garantie comme le cessionnaire. « Le créancier qui a consenti la subrogation, dit Renusson, n'est obligé à aucune garantie : *Suum recipit*. Le consentement qu'il donne à la subrogation ne l'oblige pas. » Et Pothier disait également : « Le créancier qui a subrogé à ses droits celui de qui il a reçu son dû n'étant réputé vendre sa créance que par une fiction qui ne doit pas lui préjudicier, ne s'oblige à aucune garantie. »

Ce n'est pas que le subrogé n'ait pas d'action contre le subrogeant au cas d'inexistence de la créance. Mais ce ne sera pas par l'action de garantie qu'il pourra agir ; ce sera par la *condictio indebiti*, répétition de ce qui a été payé sans cause, au lieu que le recours compétant au cessionnaire était une véritable action en garantie. Et l'intérêt pratique de cette différence est considérable. Le cessionnaire garanti obtiendrait aux termes de l'art. 1630 les intérêts du prix de cession, la restitution des frais et loyaux coûts du contrat, et même des frais de poursuites contre le prétendu débiteur, tandis que le subrogé n'a droit aux intérêts et autres indemnités que si le subrogeant était de mauvaise foi.

Bien entendu, le créancier peut, par une clause particulière, promettre la garantie des droits auxquels il subroge le tiers qui le paye, mais une telle convention doit être considérée comme dérogeant au droit commun et exceptionnelle.

III — Le paiement avec subrogation n'est pas assujéti à la formalité de l'art. 1690 en vertu de laquelle le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou son acceptation

dans un acte authentique. Comme la fiction légale sur laquelle est fondée la subrogation n'empêche l'extinction de la créance que dans l'intérêt du subrogé, les effets du paiement avec subrogation doivent, par rapport au créancier originaire et à ses ayants cause, être les mêmes que ceux d'un paiement pur et simple. Ces ayants cause ne peuvent en effet invoquer les dispositions que nous venons de rappeler, car elles sont écrites pour le cas de cession, et à leur égard l'opération est un paiement.

Toutefois, le subrogé agira prudemment en retirant des mains du créancier le titre de créance, car celui-ci pourrait s'en servir pour consentir une cession, ou recevoir un nouveau paiement avec subrogation, et le cessionnaire ou le tiers subrogé seraient en droit de poursuivre en responsabilité le premier subrogé en vertu de l'art. 1382. Ce dernier dès lors, tenu de réparer le dommage causé par son imprudence, se verrait primé par le cessionnaire ou le second subrogé jusqu'à concurrence du prix déboursé par le cessionnaire ou des avances faites par le second subrogé.

De même le débiteur perdra par le fait même du paiement le droit de se libérer entre les mains du créancier originaire. Il est vrai qu'entre le débiteur et le subrogé l'opération est une cession, mais cette cession n'a lieu qu'à titre auxiliaire et au fond il y a un vrai paiement.

Il est évident que le subrogé serait responsable de toute imprudence qui aurait pour effet de permettre au créancier d'amener le débiteur à effectuer de bonne foi un second paiement de la créance.

IV — L'intérêt des déboursés du subrogé ne peut pas être plus élevé que celui auquel il aurait droit, si au lieu

d'exercer l'action de l'ancien créancier, il invoquait celle qui lui appartient de son chef. Par exemple, la créance qui a été payée avec subrogation étant commerciale produisait des intérêts à 6 % par an, tandis que la créance du subrogé étant civile ne peut produire que des intérêts à 5 %. Le cessionnaire aurait droit aux mêmes intérêts que le cédant : il reçoit la créance telle qu'elle se comporte. Quant au subrogé, nous maintenons, quoique la question soit résolue en sens contraire par MM. Duranton, Valette et Gauthier, qu'il ne peut réclamer les intérêts que conformément à la nature de sa créance.

La subrogation, en effet, a seulement pour but de procurer d'une manière plus efficace au subrogé le recouvrement de la créance qui résulte à son profit de l'avance qu'il a faite. Là, dit Mourlon (p. 26), où s'arrête l'action qui lui appartient de son chef, là s'arrête la fiction de droit qui le fait considérer comme cessionnaire de la créance originaire. Or, en quoi consiste l'avance qu'il a faite et l'indemnité qui lui est due ? Elle consiste dans le capital qu'il a payé et dans les intérêts qu'il aurait pu retirer de ce capital. Donc le subrogé n'a droit qu'au remboursement de ce capital et des intérêts à 5 % au maximum, puisque sa créance est purement civile.

Encore une fois la fiction qui le fait considérer comme cessionnaire cesse aussitôt qu'il a recouvré tout ce qu'il aurait obtenu sans le secours de la subrogation, d'un débiteur solvable.

V — La subrogation ne peut nuire au créancier quand il n'a été payé qu'en partie, dit l'art. 1252 : en ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. La disposition de l'art. 1252 se rattache à cette idée que la

subrogation par rapport au subrogeant est un paiement ; il doit donc être, quand il a reçu un paiement partiel avec subrogation, dans la même position que s'il avait reçu un paiement partiel avec subrogation.

Au contraire, en cas de cession, le cédant et le cessionnaire viendront tous deux au marc le franc, car la cession partielle opère un vrai démembrement de la créance et de ses accessoires : la portion cédée est parfaitement identique à la portion conservée et le cédant et le cessionnaire ont par conséquent des droits égaux.

VI — En cas de cession, l'objet de la créance demeure le même entre les mains du cessionnaire qu'il était entre les mains du cédant. Il n'en est pas de même de la subrogation. Selon nous le subrogé ne peut réclamer que l'objet auquel il a droit en vertu de l'action qu'il a de son chef. Si on suppose, par exemple, que la créance primitive étant une rente aux arrérages de 2,000 fr., il en ait remboursé le capital soit 40,000 fr., il ne pourra réclamer que le remboursement du capital et non pas le service de la rente. Il n'a pas, en effet, reçu la subrogation dans le but d'obtenir ce qui faisait l'objet de la créance primitive, mais seulement dans l'intention d'assurer plus énergiquement le remboursement de ses avances. La subrogation vient renforcer et compléter son action personnelle, mais seulement au point de vue de l'efficacité de cette action et non pas en ce qui regarde l'objet auquel il a droit.

Pothier n'enseignait cette doctrine que dans le cas où la subrogation est consentie par le débiteur au profit d'un nouveau créancier (*Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n° 85).

VII — S'il s'agissait d'une cession ordinaire, la prescription serait en principe opposable au cessionnaire

absolument comme elle l'aurait été au cédant, et il n'y aurait aucun changement quant au délai ni quant au point de départ de la prescription.

En est-il de même en matière de subrogation? Supposons, par exemple que la dette payée était une dette de fermages qui se prescrit par cinq ans. Devrons-nous dire que désormais elle ne sera prescriptible que par trente ans?

Si le débiteur a donné mandat au subrogé de payer ou l'a subrogé en lui empruntant les deniers nécessaires pour payer sa dette, il n'est pas douteux que la créance du subrogé ne sera soumise qu'à la prescription de trente ans, à partir du jour du paiement. La véritable créance contre le débiteur est, en effet, l'action de mandat ou de prêt : la créance de fermages n'existe plus qu'à titre d'accessoire, et dès lors elle ne peut plus être prescrite par un autre délai que celui qui est nécessaire à la prescription de l'action principale.

Si le subrogé avait agi comme simple gérant d'affaires, il faudrait pour adopter la solution précédente qu'il eût pris soin d'interrompre la prescription dans le cours de la cinquième année, sinon le débiteur serait en droit de lui répondre : « Vous n'avez pas d'action de gestion d'affaires contre moi ; pour établir que vous avez droit à cette action, il faudrait commencer par prouver que vous m'avez rendu service, et par conséquent que je suis débiteur ; or, je ne dois rien, je suis libéré : à défaut de titre pour l'établir, j'invoque la prescription. »

CHAPITRE III

Dans quels cas la subrogation peut avoir lieu.

Aux termes de l'art. 1249, la subrogation peut procéder de la convention des parties ou de la loi. Nous allons nous occuper successivement de la subrogation conventionnelle et de la subrogation légale.

SECTION I.

De la subrogation conventionnelle.

La subrogation conventionnelle est elle-même de deux sortes, l'une qui est consentie par le créancier, l'autre par le débiteur.

§ 1. — *De la subrogation conventionnelle par la volonté du créancier.*

Deux personnes figurent seulement dans cette opération, le tiers qui paye, le créancier qui reçoit.

Cette subrogation est celle qui ressemble le plus à la cession de créance, et par conséquent c'est à cette occasion qu'il est important et délicat de distinguer les deux

opérations, dont nous avons constaté les différences pratiques.

L'art. 1250-1°, qui décrit cette subrogation, s'exprime ainsi : « La subrogation est conventionnelle quand le créancier recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, privilèges et hypothèques. Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement. » La subrogation consentie par le créancier n'est donc valable qu'autant que deux conditions concourent : déclaration expresse de subrogation, simultanéité du paiement et de la subrogation.

Il faut d'abord que la subrogation soit expresse, c'est-à-dire que l'intention que les parties ont eue de l'opérer soit certaine, sinon les règles de l'interprétation des conventions conduiraient à considérer le paiement comme pur et simple, car les conventions doivent être interprétées dans le sens de la liberté et en faveur de l'obligé. Ce n'est pas à dire qu'une formule spéciale soit requise ; ce qui est nécessaire, c'est que les termes employés pour exprimer la convention de subrogation, manifeste clairement l'intention des parties. Il n'est donc pas nécessaire de se servir du mot « subroger ; » il n'y a plus dans notre droit de formules sacramentelles, et si la quittance donnée par le créancier porte que le tiers est mis en son lieu et place, qu'il est substitué à ses droits, qu'il pourra exercer ses droits, ce sont là des expressions suffisantes pour réaliser la volonté de la loi. Il faudrait encore moins exiger que la déclaration de subrogation reproduise toutes les garanties qu'énumère l'art. 1250. Cette redondance serait complètement inutile. L'emploi, même isolé, de l'un ou de l'autre de ces mots, *droits, actions, créances,*

pourrait emporter la subrogation complète à tous les droits du créancier désintéressé.

En outre la volonté des parties peut être exprimée, expresse, alors même qu'aucun écrit n'aurait été rédigé. Certes la volonté de subroger est ordinairement constatée dans un acte écrit comme le fait même du paiement et c'est de la quittance que résulte la preuve de la subrogation. Mais la loi n'impose pas la nécessité de cet écrit. Tout cela est soumis aux règles générales sur la preuve, et de même que le paiement peut être prouvé par témoins dans les conditions des art. 1341 et suivants, de même dans ces conditions, on pourrait établir par la preuve testimoniale qu'il était intervenu une convention de subrogation.

La deuxième condition exigée par l'art. 1250-1° est que la subrogation soit faite en même temps que le paiement. Le motif de cette seconde condition est d'évidence : si le paiement avait eu lieu d'abord purement et simplement, il aurait éteint la créance et ses accessoires, et la prétendue subrogation manquerait complètement d'objet. Quelque court que soit l'intervalle qui s'écoule entre le paiement et la subrogation, il faudrait la déclarer nulle si elle n'avait été consentie qu'après coup. Ce qu'il y a de plus prudent c'est de rédiger la quittance subrogatoire au moment même où le paiement s'effectue, en sorte que la quittance présente dans l'unité de son contexte le paiement et la subrogation comme une seule et indivisible opération.

Mais il peut se faire que les circonstances s'y opposent. De là la question de savoir s'il est nécessaire que l'acte de subrogation soit dressé immédiatement au moment où les deniers sont versés par le tiers aux mains du créancier.

M. Gauthier, dans son *Traité de la Subrogation*, enseigne que l'on ne pourrait considérer la subrogation comme faite en même temps que le paiement, si au lieu d'être stipulée par la quittance même, elle était faite par un acte séparé, alors même que cet acte serait signé au jour et à l'heure même de la quittance. C'est aussi l'avis de MM. Mourlon, Aubry et Rau (1).

Au contraire, M. Larombière estime que « la subrogation est parfaitement valable, quoique deux actes distincts aient été dressés, l'un pour établir la subrogation, l'autre pour constater le paiement, s'ils sont simultanés ou si l'acte de subrogation a précédé la quittance, même *ex intervallo*. Que la subrogation considérée comme convention ne forme qu'un tout avec le paiement, c'est ce que la loi veut pour éviter les fraudes; mais on est plus exigeant qu'elle quand on veut qu'un seul acte renferme la quittance et la subrogation et qu'on en subordonne la régularité à cette unité de contexte (2). »

Notons toutefois que cette manière de procéder pourrait être périlleuse, car les tiers pourraient soutenir que l'acte renfermant la subrogation doit être considéré à leur égard comme une contre-lettre qui ne leur est pas opposable et qui n'établit pas contre eux la preuve de la simultanéité du paiement et de la subrogation.

Est-il indispensable que l'acte qui renferme la quittance subrogatoire soit rédigé au moment même où les deniers sont payés par le tiers?

Non, ni les principes, ni le texte ne l'exigent. Il suffit que le paiement n'ait eu lieu que sous la réserve très

(1) Gauthier, n° 109 — Mourlon, p. 225 — Aubry et Rau, t. IV, p. 172.

(2) Larombière, t. III, art. 1250, n° 6.

expresse de la subrogation. La simultanéité des deux éléments constitutifs de la subrogation, le paiement et la convention de subrogation, a existé, puisque le paiement n'a eu lieu que sous cette condition. Ce que la loi, comme le dit M. Demolombe, exige, c'est la simultanéité d'intention et non celle de fait. La subrogation est valable, puisqu'elle a été stipulée au moment du paiement; la quittance est valable, car nulle part la loi n'a exigé que l'écrit destiné à prouver l'existence d'une convention fût dressé immédiatement.

Notons en passant que la loi ne soumet à aucune formalité l'acte qui constate la subrogation consentie par le créancier. Il peut donc être fait sous seing privé. Le texte de l'art. 1250-1^o n'exige pas, en effet, la condition d'un acte authentique, et cet argument a d'autant plus de poids que l'art. 1250-2^o mentionne au contraire cette exigence.

Il nous reste à nous demander s'il est nécessaire pour que la subrogation produise son effet que l'acte sous seing privé qui la renferme ait acquis date certaine avant sa production.

Quant au débiteur lui-même, à ses successeurs universels et à tous ceux qui se trouvent personnellement ou hypothécairement tenus à la dette, la négative est certaine car ces catégories de personnes n'ont pas d'intérêt à contester la date de la subrogation. Peu leur importe de payer au subrogeant plutôt qu'au subrogé. Elles ne pourraient pas, en effet, scinder l'acte pour s'en prévaloir comme quittance, tout en repoussant la subrogation. La quittance et la subrogation étant constatées par un seul acte n'ont qu'une seule date et ne forment qu'un seul tout dont les effets sont indivisibles (1).

(1) Cass., 20 janvier 1857 — Cass., 7 avril 1858.

Mais en serait-il de même pour un créancier tiers saisissant, un cessionnaire, un autre tiers subrogé par acte ayant date certaine? Nous sommes avec M. Larombière pour l'affirmative (1). Si le débiteur avait payé lui-même, dit le savant magistrat, il pourrait selon l'opinion générale leur opposer le payement alors même qu'il ne serait pas constaté par un acte ayant date certaine. Le tiers qui en payant aura obtenu la subrogation aura le même droit, car sa subrogation étant inhérente au fait même du payement, il suffit que ce payement soit opposable aux tiers saisissants ou cessionnaires. Soit qu'on le considère comme subrogé ou comme simple gérant, il est en ces deux qualités créancier du débiteur; à ce titre, suivant l'art. 1166, il peut en exercer les droits, et parmi ces droits se trouve celui d'exciper du payement effectué, lors même que ce payement n'a pas de date certaine.

§ 2. — *De la subrogation consentie par le débiteur.*

Les faits qui donnent lieu à une convention de subrogation entre le débiteur et le subrogé sans l'intervention du créancier sont clairement indiqués par l'art. 1250-2°. Le débiteur veut désintéresser son créancier; il n'a pas les fonds nécessaires, il doit emprunter; mais pour obtenir du crédit, il faut qu'il donne des garanties et il voudrait fournir à son nouveau prêteur les garanties qu'il avait données au créancier qu'il a l'intention de payer. C'est ce à quoi précisément la loi l'autorise et telle est la combinaison qui constitue le second cas de subrogation conventionnelle.

Ce mode de subrogation nous vient du droit romain.

(1) Larombière, t. III, art. 1250, n° 36 — En sens contraire, Cass., 31 janvier 1843 — Aubry et Rau, t. IV, p. 170.

Mais l'effet en était seulement de faire succéder le prêteur dans le droit de l'hypothèque du créancier originaire et de le placer au même rang qu'avait celui-ci avant les créanciers intermédiaires.

Pendant longtemps on demeura dans l'ancien droit sous l'empire du principe romain. Ce n'est qu'à une époque assez avancée que l'institution apparaît telle qu'elle existe dans notre droit actuel. Son origine se trouve dans la fameuse déclaration de 1609.

Un édit d'Henri IV (1601) avait abaissé le taux des arrérages de rentes et l'avait fixé au maximum au denier seize, tandis qu'il était antérieurement au denier douze. Les débiteurs de rentes voulurent emprunter au taux nouveau pour se libérer envers les anciens créanciers et bénéficier de la différence; mais les capitalistes exigeaient des garanties que beaucoup de débiteurs dont le crédit était épuisé ne pouvaient fournir qu'en donnant celles qui avaient été accordées aux anciens créanciers. Ceux-ci ne se prêtaient pas de bonne grâce à une subrogation qui allait contre leurs intérêts et cette mauvaise volonté empêchait les débiteurs de profiter de la réduction au denier seize. C'est alors qu'intervint la déclaration de 1609 portant que ceux qui fournissent leurs deniers aux débiteurs de rentes constituées au denier douze, avec stipulation de succéder aux hypothèques des créanciers et desquels les deniers se trouveront employés à l'acquit desdites rentes par déclaration qui sera faite par les débiteurs lors de l'acquit et rachat, seront et demeureront subrogés aux droits et hypothèques des anciens créanciers sans autre cession ni transport.

Et plus tard, en 1690, un arrêté du Parlement de Paris, connu sous le nom d'arrêté des subrogations, vint régler

les formes de cette subrogation que l'édit de 1609 ne réglementait pas d'une manière suffisante, et exiger que les actes d'emprunt et de quittance soient passés par-devant notaire. L'art. 1250-2° n'est que la reproduction résumée des dispositions de l'arrêté de 1690.

Avant de passer à l'examen des conditions prescrites par l'art. 1250-2°, nous devons apprécier ce mode de subrogation dans son principe.

Il semble au premier abord étrange que le débiteur puisse subroger contre lui-même et disposer d'une créance dont il est personnellement tenu, avec les accessoires dont elle est assortie. Mais ce n'est qu'une illusion produite par la subtilité du droit.

Quant au créancier, le débiteur ne pouvant être perpétuellement tenu dans les liens d'une obligation, il est nécessairement maître de le payer. Il peut même avoir un intérêt tout particulier à le payer et à le remplacer par un autre. En le payant, il use d'un droit, et le créancier payé n'a plus qu'à s'inquiéter de ce qu'il peut survenir. Et si le créancier ancien n'éprouve pas de préjudice, nul plus que lui n'est lésé par cette subrogation. Les tiers, en effet, sont désintéressés. Créanciers intermédiaires, co-débiteurs, cautions, tiers détenteurs demeurent dans la même situation qu'avant. Sans doute, il aurait mieux valu pour eux que l'emprunt et le paiement eussent été faits sans subrogation, mais puisque le débiteur n'est pas en position de s'acquitter de ses propres ressources, il faut ou que la dette continue de subsister au profit de l'ancien créancier ou qu'elle passe par la subrogation à un prêteur, alternative qui ne peut en rien leur profiter. D'ailleurs, exposés à changer d'adversaires par la volonté du créancier, ils ne peuvent pas se plaindre d'en changer par la volonté du débiteur.

Cette espèce de subrogation a lieu d'ordinaire à la suite d'un emprunt, mais rien n'empêche qu'elle ne puisse valablement s'opérer lorsque les fonds sont remis au débiteur à tout autre titre, par exemple à titre de dot, avec stipulation qu'ils seront employés à l'extinction de certaines dettes et sous condition de subrogation au profit de la femme.

Cette faculté de subrogation appartient non seulement au débiteur direct et principal, mais encore à toute personne qui emprunte des deniers pour effectuer un paiement auquel se trouve attachée une subrogation légale, en ce sens que cette personne peut conventionnellement subroger le prêteur dans l'effet de la subrogation légale qui résultera à son profit du paiement effectué au moyen des deniers empruntés. C'est ainsi que le créancier qui emprunte afin de payer un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses hypothèques, peut conventionnellement subroger le prêteur dans les droits auxquels il est lui-même subrogé légalement.

La même faculté appartient-elle à l'acquéreur d'un immeuble qui emprunte à l'effet de payer les créanciers auxquels cet héritage est hypothéqué, en sorte que le prêteur subrogé par l'acquéreur aux droits des créanciers antérieurs sera préféré aux créanciers postérieurs du vendeur ou des précédents propriétaires, si le prix de revente de l'immeuble est inférieur à celui de la première vente? Cette proposition qui fait l'objet d'une vive controverse remonte à Renusson.

Cet auteur, confondant avec l'hypothèse où la subrogation est consentie par le vendeur celle où elle s'opère du chef de ses créanciers hypothécaires les plus anciens, accordait au vendeur non intégralement payé la faculté de

se prévaloir de la maxime : « *Nemo contra se subrogasse censetur*, » comme si la subrogation s'était effectuée de son chef, et à l'appui de son opinion il citait un arrêt du Parlement de l'année 1671 (1).

Les partisans de ce système qui compte dans la jurisprudence moderne d'importantes autorités (Toullier, Pont, Gauthier) disent, pour faire prévaloir la doctrine de Renusson, que l'acquéreur n'est réellement débiteur que du vendeur; que c'est au vendeur, dans la réalité du fait, qu'il paye toujours son prix, soit qu'il le verse dans ses mains, soit qu'il le verse dans celles des créanciers premiers inscrits, car ceux-ci ne peuvent le recevoir que comme mandataires du vendeur. Donc l'acquéreur n'a pu subroger le prêteur que dans les droits du vendeur, et dès lors celui-ci ou ses créanciers postérieurs non encore payés peuvent invoquer la disposition de l'art. 1252 (2).

Cette opinion nous paraît contraire aux principes. L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué n'est pas seulement tenu envers le vendeur, il l'est aussi envers les créanciers hypothécaires, si bien que s'il paye son prix au vendeur, il reste tenu envers les créanciers. D'un autre côté, les créanciers hypothécaires premiers en rang, qui reçoivent de l'acquéreur le paiement de ce qui leur est dû, ne sont pas de simples mandataires du vendeur, ils exercent un droit qui leur est personnel et qui prime celui du vendeur et des créanciers postérieurs. Enfin lorsque, conformément à l'art. 1251-2°, l'acquéreur paye son prix aux créanciers hypothécaires, à qui est-il subrogé de plein droit? Non

(1) Renusson, chap. xv, n° 10 à 14.

(2) Cass., 5 mai 1814; Delvincourt, t. II, p. 565 — Toullier, t. VII, n° 171 — Duranton, t. XII, n° 189 — Pont, *Comment. des Priv. et Hyp.*, art. 2103, n° 225 — Gauthier, n° 204 et suiv.

pas au vendeur, mais aux créanciers qu'il paye, aux privilèges et hypothèques de ces créanciers qui priment bien entendu le vendeur et les créanciers postérieurs ; or c'est le bénéfice de cette subrogation légale qu'il transporte à son prêteur, en sorte que l'art. 1252 est, en ce qui concerne le vendeur et les créanciers postérieurs, sans application possible (1).

Le Code soumet cette subrogation à une double condition de forme : il faut un acte d'emprunt et une quittance notariés et circonstanciés, c'est-à-dire mentionnant le but de l'emprunt et l'origine des deniers donnés en paiement. Cette double formalité, empruntée à l'arrêté de 1690, a été établie, soit afin d'empêcher les antidates et les postdates au moyen desquels on pourrait faire revivre des créances éteintes, soit afin de garantir d'autant mieux la loyauté et la sincérité des déclarations que ces actes doivent contenir.

On en comprendra l'utilité en examinant les fraudes que les parties auraient pu essayer de pratiquer.

Par exemple deux créanciers hypothécaires sont inscrits pour 10,000 fr. chacun sur un immeuble de la valeur de 10,000 fr. Le premier inscrit a été payé, en sorte que le second se trouve par l'effet du paiement venir en ordre utile. Le débiteur a de nouveau besoin d'emprunter : il pourrait trouver un prêteur s'il pouvait lui donner le premier rang hypothécaire, mais le premier rang est occupé. La fraude pourrait s'accomplir au moyen d'une antidate de l'acte d'emprunt qui le ferait considérer comme antérieur au paiement par lequel a été éteinte l'hypothèque

(1) Cass., 28 avril 1863 ; Murlon, pp. 313 et suiv. — de Caqueray, *Revue Pratique*, 1858, t. VI, pp. 81 et suiv. — Aubry et Rau, t. IV, p. 176 — Larombière, t. III, art. 1250, n° 39 — Demolombe, t. XXVII, n° 403.

du premier créancier inscrit. L'authenticité de l'acte d'emprunt prévient la fraude, puisque l'antidate n'est pas possible dans un acte notarié.

Mais il ne suffit pas d'avoir raisonné dans cette espèce pour justifier l'art. 1250-2°, car on aurait évité la fraude que nous venons de signaler en exigeant seulement que l'acte d'emprunt eût date certaine, et notamment qu'il fût enregistré. Voici une autre espèce qui explique la précaution de la loi :

Le débiteur paye son créancier avec ses propres deniers, mais prévoyant que plus tard il aura peut-être besoin de ressources, il songe à s'en ménager par une fraude préparée d'avance. Il simule un emprunt et subroge un prêteur fictif dans les droits du créancier qu'il paye.

Les autres créanciers restent primés par la créance qui paraît n'être pas éteinte, et au jour où l'immeuble sera vendu, le débiteur, représenté par le créancier fictif, sera colloqué en première ligne. La certitude de la date de l'acte du prétendu emprunt ne peut rien contre ce danger, mais le législateur a pensé que contre une fraude de ce genre, la présence d'un officier public pouvait offrir certaines garanties en éclairant le tiers ou en l'intimidant. Le notaire lui-même, s'il entrevoyait le concert, refuserait de prêter les mains à de telles combinaisons.

Des motifs du même genre ont fait exiger l'authenticité de la quittance. Elle prévient la postdate de la quittance. Le débiteur a payé le premier créancier inscrit : plus tard, ayant besoin d'argent, il contracte un nouvel emprunt et il s'arrange pour obtenir du créancier payé une nouvelle quittance portant une date qui n'est pas celle du paiement effectif, mais qui est postérieure à l'acte d'emprunt. Les dates des deux actes concordent

alors, et il est possible de faire revivre ainsi une créance éteinte par le paiement. Il n'eût pas suffi d'exiger que la quittance ait date certaine, car ce qui est suspect, ce n'est pas la sincérité de la date de la quittance nouvelle, qui a pu en effet être rédigée à la date qu'elle porte, c'est la sincérité des déclarations qu'elle renferme, et c'est afin de garantir d'autant mieux cette sincérité que le législateur a voulu qu'elles fussent faites devant un notaire.

Chacun des deux actes dont nous venons de parler, l'acte d'emprunt et la quittance, a ses conditions propres de validité, et ce qui manquerait dans le premier ne pourrait être suppléé dans le second. Ainsi il ne suffirait pas que la destination fût mentionnée dans la quittance si elle n'était pas aussi mentionnée dans l'acte d'emprunt.

C'est dans la quittance que doit se trouver la déclaration d'emploi des deniers. Elle doit donc entrer dans le corps de l'acte, en faire partie intégrante. La condition exigée ne serait donc pas remplie si le créancier ayant d'abord donné une quittance pure et simple, la convention de subrogation était ajoutée au pied de l'acte, en appendice, le fût-elle même *in continenti*.

Si par caprice ou ignorance le créancier ne voulait pas souffrir dans la quittance la mention de l'origine et de l'emploi des deniers, il n'y a pas à douter que le débiteur ait, en pareil cas, le droit de faire des offres réelles suivies de consignation, et qu'en déclarant dans les offres l'origine des deniers on ne satisfasse aux conditions de l'art. 1250. —

Le texte de notre article n'exige pas, comme le faisait l'arrêt de 1690, une déclaration expresse de subrogation. Le législateur a considéré avec raison que l'accomplisse-

ment des formalités prescrites par la loi pour l'obtenir indiquait formellement l'intention d'opérer la subrogation.

Une question sérieusement controversée est la suivante : Est-il nécessaire que l'acte d'emprunt soit dressé au moment même de l'emprunt et la quittance au moment même du paiement, c'est-à-dire que les notaires attestent avoir vu les deniers prêtés passer du prêteur à l'emprunteur et les deniers payés du débiteur au créancier?

MM. Aubry et Rau enseignent l'affirmative. Le législateur a voulu, disent-ils, empêcher que par des déclarations inexactes soit sur la destination de la somme empruntée, soit sur l'origine des deniers employés au paiement, on pût établir une subrogation qui n'aurait pas été convenue au moment de l'emprunt ou qui serait devenue impossible par un paiement pur et simple, et ce but serait manqué si des déclarations faites après coup devaient être considérées comme établissant d'une manière suffisante la destination des fonds empruntés ou leur emploi au paiement de la dette (1).

MM. Demolombe, Colmet de Santerre, Gauthier et Mourlon enseignent avec raison l'opinion contraire. Un acte d'emprunt notarié, une quittance notariée, dans le premier acte déclaration du but de l'emprunt, dans le second déclaration de l'origine des deniers, voilà tout ce que la loi exige, et demander davantage c'est exagérer les prescriptions de la loi, et les exagérer sans être sûr d'obtenir un résultat satisfaisant. S'agit-il, en effet, d'un emprunt véritable que je fais, mais avec l'intention de

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 178 — Cass., 19 avril 1831 — Cass., 28 janvier 1845.

subroger le prêteur aux prétendus droits d'un ancien créancier que j'ai payé et dont je veux faire renaître la créance, il ne serait pas difficile de faire constater un prêt, puisqu'il est sérieux.

Ou bien le débiteur qui paye *de suo* veut se réserver par une subrogation fictive la possibilité de reprendre ce qu'il paye. Quoi de plus facile encore que de faire voir les deniers au notaire et de les remettre pour un instant aux mains du complaisant qui consent à jouer le rôle de prêteur? Pourquoi donc exiger une condition d'où ne résulte aucune garantie sérieuse, sans compter que cette condition de la réalisation des espèces serait très peu conforme aux besoins et aux usages de la pratique? Enfin, une pareille exigence serait d'autant moins rationnelle que l'art. 1250-2° admettant une simple déclaration faite au moment du paiement, comme établissant suffisamment l'identité des deniers qui ont servi à l'effectuer avec ceux qui ont fait l'objet de l'emprunt, on ne voit pas pourquoi on ne se contenterait pas d'une pareille déclaration à l'effet d'établir que la somme empruntée l'a été pour le paiement de la dette, et que le paiement a été fait avec indication de l'origine des deniers (1).

Il faut entendre raisonnablement la disposition de l'art. 1250-2° en ce qui concerne l'origine des deniers. Ils ne doivent pas être *in specie* identiquement ceux qui ont été empruntés. Cette identité serait difficile à conserver et à prouver. Il suffit d'une identité morale telle qu'il convient aux choses fongibles, pourvu toutefois que cette identité soit assurée par l'absence de toute mise en circulation, de toute dénaturation. Que la somme empruntée

(1) Cass., 28 janvier 1815 — Mourlon, p. 280 — Gauthier, n° 168 — Colmet de Santerre, t. V, n° 191 bis, IX — Demolombe, t. XXVII, n° 415.

soit versée dans une caisse, puis que le débiteur puise dans cette caisse confusément la même somme pour payer son créancier, dira-t-on que la subrogation n'est pas valable? Le bon sens condamnerait cet excès de rigueur. Tout ce que la loi exige, c'est que la valeur qui est donnée en paiement soit bien véritablement la même valeur qui a été donnée en prêt.

Il n'est pas indispensable que l'emprunt et le paiement aient lieu au même moment. N'importe, disait Pothier, quel temps se soit écoulé entre le prêt fait par le nouveau créancier et le paiement fait à l'ancien. L'art. 1250-2^o n'exige pas en effet la simultanéité des deux opérations, et très justement, dit M. Demolombe, car les circonstances sont souvent telles qu'il ne serait pas possible de faire en même temps l'emprunt et le paiement : de sorte que la loi, en exigeant cette condition, aurait pu rendre, dans bien des cas, la subrogation impossible.

Mais quel est le maximum de temps qui doit s'écouler entre ces deux actes?

L'ancienne jurisprudence n'avait pas d'uniformité sur ce point. Certains auteurs voulaient que le paiement fût fait le jour de l'emprunt. Ceux-ci donnaient jusqu'au lendemain. D'autres accordaient trois jours, trois mois, six mois. D'autres, enfin, pensaient qu'il n'y avait qu'à consulter les circonstances et à se déterminer par elles en faveur de la subrogation, lorsqu'elles faisaient présumer la bonne foi.

Tel est le seul parti à prendre sous l'empire du Code, qui, en ne fixant aucun délai de rigueur, s'est naturellement rapporté à l'appréciation des tribunaux concernant les circonstances, sauf le droit des tiers auxquels la subrogation pourrait nuire, de prouver par tous moyens

que la déclaration des parties sur l'origine des deniers est frauduleuse. Le législateur s'est contenté de la simple déclaration des parties, parce que des justifications sur ce point eussent été bien difficiles à faire à moins d'imposer aux parties de faire l'emprunt et le paiement en une seule opération, mais les intéressés ont le droit de prouver l'inexactitude des déclarations insérées dans les deux actes (1).

Aussi le prêteur de deniers est-il exposé à un danger sérieux si l'emprunteur, au lieu de se hâter de faire son paiement, dissipe les fonds par lui reçus et n'acquitte pas sa dette, ou si, en l'acquittant, il ne retire qu'une quittance pure et simple.

La prudence exige donc qu'il ne remette les fonds prêtés qu'au moment même où on fera le paiement, et ainsi, bien que nous ayons admis la possibilité de faire séparément les deux actes exigés par l'art. 1250-2^o, nous devons reconnaître que le plus sûr est de réunir les deux actes en un seul. Ce dernier mode remplit même d'une manière plus complète le vœu de la loi, et présente toute sécurité pour le prêteur de deniers.

Il y a encore un autre danger que le prêteur évitera par ce moyen. Le débiteur peut en effet avoir emprunté de plusieurs personnes la somme nécessaire pour le paiement de sa dette, et chaque prêt peut contenir la mention qu'il emprunte en vue de payer cette dette. Puis en payant son créancier, il peut déclarer que les fonds proviennent des emprunts faits aux différents créanciers qu'il énumère.

M. Larombière est d'avis que la présomption la plus naturelle est que le prêteur dernier en date est celui dont

(1) Cass., 16 mars 1852 — Demolombe, t. XXVII, n^o 425 — Larombière, t. III, art. 1250, n^o 84.

les deniers ont servi au paiement, tandis que les fonds fournis par les précédents prêteurs sont présumés dissipés dès le moment d'un autre et dernier emprunt (1). Cette solution semble avec raison trop absolue à M. Demolombe. Si, dit-il, parmi les créanciers que désigne la quittance, il en est qui puissent être écartés en démontrant que les fonds employés au paiement ne proviennent pas du prêt qu'ils ont fait, ceux-ci seront privés du bénéfice de la subrogation. Quant aux autres, présumés tous avoir contribué à fournir les fonds, ils devront tous être subrogés proportionnellement à la somme fournie par chacun (2).

Si le créancier refusait non seulement de donner une quittance indicative, mais encore de recevoir paiement, le débiteur lui ferait des offres réelles avec sommation de recevoir la somme due et d'en donner une quittance indicative de l'origine des deniers, l'avertissant que sur son refus, la somme sera déposée à la Caisse des consignations. S'il persiste, le débiteur consigne la somme et retire du préposé à la Caisse des consignations un récépissé dans lequel il est fait mention de la déclaration du débiteur que les deniers offerts aux créanciers et consignés proviennent de l'emprunt. Ce récépissé qui est authentique puisqu'il émane d'un officier public compétent, supplée la quittance notariée.

Les conditions que nous venons d'étudier sont absolument indispensables pour la validité de la subrogation du n° 2 de l'art. 1250, ainsi qu'il résulte du texte même : « Il faut pour que cette subrogation soit valable que... » Ainsi une subrogation consentie par actes sous seing

(1) Larombière, t. III, art. 1250, n° 76.

(2) Demolombe, t. XXVII, n° 427 — Gauthier, n° 174 — Mourlon, pp. 305 et suiv.

privé serait absolument nulle, et on ne pourrait même réparer par aucun acte postérieur la nullité d'une subrogation qui aurait été consentie en dehors des conditions substantielles que la loi a exigées.

Rappelons en terminant que cette espèce de subrogation est celle qui eut le plus de peine à se faire reconnaître, et qu'elle n'obtint pour ainsi dire qu'un à un et laborieusement tous les effets qui lui appartiennent. On soutint pendant longtemps dans l'ancien droit que la subrogation consentie par le débiteur ne devait pas avoir d'effet contre les cautions et qu'elle ne pouvait pas transmettre au subrogé les hypothèques grevant les immeubles qui se trouvaient entre les mains de tiers détenteurs. Nous avons même vu dans notre droit actuel d'excellents jurisconsultes soutenir encore la thèse de l'ancien droit, au moins en ce qui concerne les tiers détenteurs, mais nous avons repoussé ces distinctions et établi que les effets de la subrogation sont toujours semblables, quelle que soit la cause d'où elle procède.

SECTION II.

De la subrogation légale.

§ 1. — *Généralités.*

La subrogation légale est celle qui a lieu par le seul effet de la loi, sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation avec le créancier ou le débiteur.

Une observation qui domine toute cette matière c'est que la subrogation légale est de droit étroit, comme

toutes les concessions de faveur faites par la loi elle-même. Hors les cas textuellement prévus, la subrogation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une convention faite soit avec le créancier, soit avec le débiteur.

Quant à donner une formule générale embrassant tous les cas de subrogation légale, nous ne l'essayerons pas. Toute formule générale en cette matière serait trop étendue ou trop restreinte; mieux vaut se borner à l'étude des textes.

Dans l'ancien droit, il y avait en quelque sorte deux espèces de subrogation légale : l'une qui s'accomplissait, dit Pothier, en vertu de la loi seule, comme dans l'hypothèse du *jus offerendæ pecuniæ*; l'autre en vertu de la réquisition qui en est faite au créancier. Cette catégorie comprenait les cas où les Romains appliquaient le bénéfice de cession d'actions, le coobligé, la caution et tiers détenteur, Pothier embrassant d'ailleurs sous cette dernière dénomination le tiers détenteur ordinaire et l'acquéreur qui paye son prix aux créanciers hypothécaires.

On expliquait cette différence en disant que dans le premier cas la volonté d'acquérir la subrogation aux droits du créancier antérieur n'est pas douteuse de la part du créancier postérieur qui le paye, tandis que dans le second cas, la volonté d'acquérir la subrogation n'est pas suffisamment déclarée de la part de la caution, du coobligé ou du tiers détenteur, car ils sont censés payer dans le seul but de satisfaire à leur obligation ou d'éviter le délaissement de l'héritage. Dumoulin seul s'efforça d'établir que le fidéjusseur qui payait le créancier était subrogé *ipso jure* par le seul effet du paiement. Sa raison était qu'il devait toujours être présumé n'avoir payé qu'à la charge de cette subrogation qu'il avait droit d'exiger, per-

sonne ne pouvant être présumé négliger ses droits et y renoncer.

Mais son opinion irréprochable au point de vue de l'équité et de la raison n'était pas soutenable au point de vue des textes latins sur lesquels il prétendait s'appuyer, et sa doctrine n'eut pas d'écho. Le Code avec raison a préféré la théorie de Dumoulin et il n'existe plus aujourd'hui de différence entre les divers cas de subrogation légale, laquelle a toujours lieu de plein droit sans qu'aucune réquisition soit nécessaire.

Nous étudierons successivement les quatre cas prévus par l'art. 1251.

§ 2. — *De celui qui étant lui-même créancier paye un créancier qui lui est préférable à raison des ses privilèges ou hypothèques.*

Il s'agit dans cette première espèce d'un créancier qui paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques.

Pourquoi paye-t-il et surtout quel intérêt trouve-t-il à être subrogé? Ce n'est certainement pas pour être placé au rang du créancier par lui désintéressé pour le montant de ses deux créances, sa créance propre et celle dans laquelle il est subrogé. S'il pouvait obtenir ce résultat, les créanciers intermédiaires éprouveraient un préjudice que la subrogation ne doit pas leur causer. Pour sa créance personnelle il demeurera au rang que lui assigne son inscription.

L'explication de ce cas de subrogation légale est historique. En droit romain, le premier créancier hypothécaire avait seul le droit de procéder à la vente de la chose

hypothéquée. Il dépendait donc de lui de paralyser par son inaction les créanciers postérieurs. C'est pourquoi il avait été permis au créancier postérieur, en payant le créancier antérieur, de succéder en son lieu et place. Si le premier créancier, *potentior creditor*, refusait les offres, l'autre avait le droit d'offrir et ces offres régulièrement faites, tenaient lieu de paiement avec subrogation. C'était l'hypothèse du *jus offerendæ pecuniæ*.

Notre ancien droit n'admit pas ce droit exorbitant du premier créancier et permit à tout créancier de poursuivre la vente de l'immeuble. D'où certains auteurs prétendaient que cette subrogation n'existait pas en France, qu'il fallait une stipulation de subrogation, puisque le motif rigoureux qui avait fait introduire ce correctif en droit romain, n'existait pas dans le nôtre (1). Mais la grande majorité avait adopté l'opinion contraire, et le Code l'a consacrée.

Et, en effet, des motifs sérieux et légitimes expliquent encore ce cas de subrogation légale. Il peut, en effet, importer beaucoup au créancier postérieur de payer le créancier antérieur, soit afin d'empêcher une réalisation inopportune qu'il voudrait faire du gage commun, soit afin d'éviter des frais et des complications en diminuant le nombre des créanciers ou en les écartant complètement.

La qualité de créancier chez celui qui paye est indispensable pour qu'il y ait lieu à subrogation légale, mais suffisante. Aussi, avec M. Demolombe (2) repousserons-nous le tempérament que propose Mourlon (3) qui enseigne que la subrogation n'aura pas lieu s'il était

(1) Loyseau, *des Offices*, liv. III, chap. iv, n° 66.

(2) Demolombe, t. XXVII, n° 455.

(3) Mourlon, pp. 261 à 263.

démontré que le créancier qui a payé n'avait pas d'intérêt légitime à écarter le créancier qu'il a désintéressé. La présomption d'intérêt sur laquelle repose l'art. 1251-1°, n'est pas absolue, dit Mourlon; ce n'est pas une présomption *juris et de jure*, mais seulement *juris tantum*; la preuve contraire est donc possible. A ceci nous répondrons que c'est une disposition formelle de la loi supposant un intérêt légitime, mais n'exigeant pas qu'il soit constaté. Que de difficultés entraînerait le système contraire, qui n'aurait le plus souvent pour résultat que d'entraver le légitime exercice de cette subrogation! Le législateur n'exige que deux choses : être créancier et payer un créancier préférable. Nous ne pouvons distinguer là où le législateur ne l'a pas fait. Par cela seul que le paiement est offert à un créancier préférable par un autre créancier, la loi a considéré l'intérêt de celui-ci comme légitime et digne de protection.

Pour que la subrogation légale s'opère au profit du créancier qui en paye un autre qui lui est préférable, il n'est pas exigé que ces deux créanciers aient le même débiteur. Il suffit que la même chose soit obligée envers eux, qu'elle soit le gage commun de leurs créances. Nous pouvons supposer une chose successivement hypothéquée par ses détenteurs. Chacun d'eux a ses créanciers envers lesquels il s'est personnellement engagé, mais si les créanciers n'ont pas de débiteur commun, ils ont un gage commun, et cela suffit pour que la subrogation légale ait lieu de plein droit au profit de celui qui paye un autre qui lui est préférable.

Le droit romain n'admettait la subrogation qu'entre créanciers hypothécaires, et cette maxime était passée dans notre ancien droit. Du moins, tel était l'avis de Po-

thier (1). Cependant, d'après Poullain-Duparc (2), dans le ressort de la Coutume de Bretagne, on accordait le bénéfice de la subrogation même au créancier chirographaire qui désintéressait un créancier hypothécaire.

Le Code civil ne mentionnant pas cette distinction de l'ancien droit a voulu, pensons-nous, suivre le principe indiqué dans la Coutume de Bretagne. Les raisons sont en effet les mêmes pour tous. Il suffit d'être créancier et de payer un créancier préférable. La loi a donné à tout créancier le droit d'écarter un autre créancier préférable pour prévenir ou arrêter les poursuites, diminuer les frais, simplifier les contestations, faciliter la réalisation et la distribution du gage commun. Or, s'il est une classe de créanciers auxquels le bénéfice de l'art. 1251-1^o peut être utile, c'est précisément celle des chirographaires. Quelques rares auteurs ont prétendu que le Code n'avait pas entendu innover à l'ancienne jurisprudence, et que le terme de *préférable* dont il s'est servi indique un ordre de créanciers hypothécaires. Mais n'est-on pas fondé à dire, sans s'écarter du langage juridique, que le créancier hypothécaire est préférable au créancier chirographaire?

L'art. 1251-1^o accorde la subrogation de plein droit à celui qui paye un créancier qui lui est préférable, c'est-à-dire au créancier postérieur qui paye un créancier antérieur. Mais *quid* si c'est un créancier antérieur qui paye un créancier postérieur?

Le droit romain lui accordait le *jus offerendæ pecuniæ*, et décidait même qu'en cas de concours de deux créanciers qui prétendent réciproquement s'écarter, c'est le créancier antérieur qui doit l'emporter. Renusson lui ac-

(1) Pothier, *Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n^o 62.

(2) Poullain-Duparc, *Princip. du droit français*, t. VIII, p. 359.

cordait également la subrogation dans notre ancien droit; mais le texte formel de notre article ne permet pas d'admettre dans le droit du Code la subrogation de plein droit au profit du créancier antérieur. C'est là une prétérition regrettable, car, lui aussi, il a un intérêt réel et sérieux à payer un créancier postérieur pour éviter les contestations, les frais et les poursuites en temps défavorables. Bien plus, les difficultés viennent surtout des créanciers inférieurs intéressés à lutter pied à pied contre ceux qui les priment. Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons aller contre le texte de l'art. 1251-1°. Au reste, le plus souvent, le créancier qui payera un créancier postérieur obtiendra facilement de celui-ci la subrogation conventionnelle, ou en cas de refus, il se fera subroger par le débiteur dans les termes de l'art. 1250-2°.

L'art. 1251-1° se sert des expressions « préférable à raison de ses privilèges ou de ses hypothèques. » D'où la question de savoir si ces mots sont limitatifs et si la subrogation n'appartient au créancier payant que dans le cas où le créancier qui veut désintéresser lui est préférable à raison de ses privilèges ou de ses hypothèques.

C'est notre avis. L'art. 1251 est conçu en termes formels qui excluent évidemment les autres causes qui rendent la position d'un créancier plus favorable, sans rentrer dans les causes de préférence qu'énumère l'art. 2094. L'origine de cette subrogation, son but spécial et défini qui est d'écarter un créancier favorable concourent à nous fortifier dans notre opinion.

Ainsi la Cour de cassation (1) a décidé avec raison que le vendeur non payé peut refuser la subrogation au créan-

(1) Cass., 3 juillet 1851 ⁹⁰ — Dev., 1854, I, 423.

cier de l'acheteur qui demande à être subrogé à son action en résolution : en demandant la résolution, le vendeur agit comme propriétaire et non comme créancier ordinaire; on ne peut pas le considérer comme un créancier préférable. Il en serait autrement dans le cas où le vendeur, renonçant au droit de résolution, préfère se payer par privilège : il est alors un créancier préférable et tout créancier peut, en le payant être subrogé à ses droits et alors le droit de résolution passera au subrogé.

La subrogation légale de l'art 1251 1^{re} n'aurait donc pas lieu non plus en faveur du créancier qui désintéresserait un autre créancier jouissant d'un simple droit de rétention, car ce créancier possède seulement la faculté de retenir la chose sans qu'aucun privilège lui soit attribué sur le prix et son droit s'évanouit quand il fait vendre la chose.

Il en serait de même pour le cas d'un créancier antichrésiste, car si l'antichrésiste, tant qu'il détient l'immeuble, a sur les fruits qu'il en retire un droit en vertu duquel il se les approprie en déduction de sa créance, et s'il a en outre un droit de rétention, nul texte ne lui confère un privilège sur le prix de l'immeuble.

Il en est autrement quant au gage, lequel constitue un privilège. La subrogation s'opère donc au profit du créancier qui en solde un autre nanti d'un gage. Cette solution ne donne lieu à aucune difficulté quand le gage, se trouvant entre les mains d'un tiers convenu entre les parties, il n'est pas besoin de le déplacer. Mais il en serait différemment s'il avait été remis au créancier lui-même. Il semble que dans cette hypothèse le gage ne pourrait être livré par ce dernier au subrogé que du consentement du débiteur.

La seule condition exigée pour ce premier cas de subro-

gation légale est que le créancier qui veut être subrogé paye le créancier préférable. L'origine des deniers avec lesquels le paiement est fait, importe peu, mais toujours faut-il que le paiement soit fait de deniers à lui appartenant. Les créanciers primés par un autre sur le gage commun ne peuvent se prétendre subrogés à ce créancier, en ce qu'ils sont censés l'avoir payé de leurs propres deniers, car le créancier ultimement colloqué a été payé des deniers de son débiteur et ceux qui se prétendent légalement subrogés n'ont contribué en rien à ce paiement.

Il nous reste pour terminer l'étude de ce premier cas de subrogation légale à résoudre une question importante. Supposons que le créancier qui est préférable pour l'une de ses créances a encore sur le gage commun une autre créance privilégiée ou hypothécaire, mais pour laquelle il n'est pas préférable à celui qui veut le désintéresser. Celui qui veut être subrogé à la première créance pourra-t-il se contenter d'en payer le montant ou sera-t-il contraint d'offrir cumulativement l'intégralité des deux créances?

Le système auquel nous nous rangeons absolument enseigne que celui qui veut acquérir la subrogation doit payer au créancier antérieur ses deux créances.

En effet, s'il n'était tenu de payer que la première créance, il se trouverait immédiatement primant par rapport à l'autre. Et le créancier payé, devenu créancier postérieur pourrait à son tour se faire subroger et reprendre sa créance. Pour cela il n'aurait qu'à adresser à celui qui l'a payé les mêmes offres qu'il lui aurait faites et on arriverait ainsi à un cercle de subrogations absolument sans issue. Le créancier antérieur est donc fondé à refuser des offres qu'il n'accepterait momentanément que pour les contre-passer à son adversaire. Ces offres sont inefficaces,

elles aboutiraient non pas à un résultat définitif, mais à un circuit vicieux d'actions. Le paiement des deux créances est le seul moyen d'obtenir une subrogation sérieuse et définitive (1).

Mais si le créancier préférable avait accepté volontairement le paiement de sa première créance seulement, il aurait renoncé au droit qu'il avait de ne se laisser primer par la subrogation qu'autant qu'il serait remboursé de ses deux créances. La subrogation serait désormais accomplie; car s'il voulait ensuite se faire subroger et rentrer dans son ancienne créance, il serait obligé d'offrir au subrogé ses deux créances, celle qu'il a de son chef et celle à laquelle il a été subrogé.

Notons que ceci ne saurait s'appliquer qu'à celui qui n'est tenu à aucun titre de payer le créancier auquel il entend être subrogé. Si le créancier postérieur se trouvait personnellement ou hypothécairement obligé à la dette dont il offre le paiement, le créancier antérieur ne serait pas admis à le refuser, sous le prétexte que l'exercice de la subrogation légale pourrait lui porter préjudice, car dans ce cas celui qui offre le paiement puise dans sa qualité de coobligé le droit absolu de se libérer.

On ne peut donc demander la subrogation à une seule des créances si elle a pour but d'attribuer au subrogé une antériorité sur ce qui reste dû au subrogeant. Mais si la subrogation ne doit pas avoir pour résultat d'attribuer au subrogé la préférence sur les autres créances qui restent dues au subrogeant, nous pensons que le créancier postérieur n'est tenu de payer que la créance même à laquelle

(1) Cass., 5 juillet 1854; Dev., 1854, I, 423 — Cass., 2 août 1870; Dev., 1871, I, 25 — Aubry et Rau, t. IV, p. 181 — Larombière, t. III, art. 1251, n° 7 — Gauthier, nos 254 et suiv. — Demolombe, t. XXVII, n° 479.

il veut être subrogé. Ainsi le créancier primé par deux créances appartenant au même créancier dont la première n'est pas encore exigible et dont la seconde est échue peut se borner à rembourser la seconde créance : le premier créancier restant à son rang ne peut pas à son tour reprendre la créance à laquelle il vient de subroger et aucun circuit n'est à craindre.

L'antériorité résultant des privilèges ou des hypothèques s'apprécie eu égard seulement au gage commun. Étant donc donnés deux immeubles A et B et deux créanciers Primus et Secundus, Primus prime Secundus sur l'immeuble A et Secundus prime Primus sur l'immeuble B. Si Secundus vient payer à Primus sa créance sur le fonds A, celui-ci ne pourra pas s'y refuser, sous le prétexte que la subrogation lui nuit et que, une fois opérée, il pourrait à son tour se faire subroger à Secundus : la subrogation ici ne produira aucune antériorité du subrogé pour l'autre créance qui appartient au subrogeant.

Une observation sur le premier cas de subrogation légale, c'est que cette espèce de subrogation a lieu plutôt dans l'intérêt du subrogé, afin de lui fournir le moyen d'assurer son hypothèque, que dans celui du débiteur. C'est une dérogation au principe de l'art. 1236 en vertu duquel le tiers qui n'est ni coobligé, ni caution, ne peut pas, lorsqu'il paye en son propre nom, être subrogé aux droits du créancier; mais nous avons exposé plus haut les motifs qui rendent ce paiement favorable aux yeux de la loi, et qui justifient cette subrogation exceptionnelle.

Quant aux effets de cette subrogation légale, ils sont les mêmes que ceux que la loi attache à toute subrogation, et c'est bien à tort que la Cour de Paris décidait, le 20 février 1868, qu'elle n'a d'effet que de faire obtenir

au subrogé un rang meilleur sur l'immeuble qui est affecté à son hypothèque, mais non pas une hypothèque nouvelle sur un immeuble qui ne lui est pas hypothéqué. Si, dans l'ancien droit, la question était ainsi résolue contre le tiers acquéreur, il n'a jamais été douteux que le créancier qui paye un autre qui lui est préférable succède par l'effet de la subrogation à tous les droits, sans distinction, du créancier désintéressé.

Ce premier cas de subrogation joue un rôle important dans une des plus difficiles controverses du Code civil, sur laquelle nous devons nous étendre un peu longuement; nous voulons parler des complications que soulève, dans la doctrine et dans la jurisprudence, le concours d'une hypothèque générale avec des hypothèques spéciales affectant plusieurs immeubles au profit de créanciers différents.

Dans presque tous les systèmes qui ont été exposés, la subrogation légale a été considérée comme le remède principal aux inconvénients nombreux qui dérivent de l'indivisibilité de l'hypothèque.

Voici l'espèce : Une personne est débitrice de 40,000 fr. envers Primus, qui a une hypothèque générale inscrite en 1880 sur les fonds A et B; la même personne doit 40,000 fr. à Secundus, qui a une hypothèque spéciale sur le fonds A, inscrite en 1881; enfin elle se trouve débitrice de la même somme envers Tertius, qui a une hypothèque spéciale inscrite en 1882 sur le fonds B. La fortune immobilière du débiteur ne se compose que de ces deux immeubles, qui valent par hypothèque chacun 40,000 fr.; le passif du débiteur est donc supérieur de 40,000 fr. à son actif, et par suite les trois créanciers ne seront pas intégralement payés. Une perte sera donc éprouvée, mais qui la subira?

Une chose certaine, c'est que l'insolvabilité du débiteur ne peut pas nuire à l'hypothécaire général Primus; l'antériorité de son hypothèque générale, qui est au premier rang, le protège contre toute éventualité, et même il peut à son gré se porter sur l'un ou l'autre immeuble pour la totalité de sa créance. C'est la conséquence de l'indivisibilité de son hypothèque. Il est en droit de choisir celui des immeubles sur le prix duquel il entend être colloqué pour l'intégralité de sa créance, sans pouvoir être contraint à diviser sa demande en collocation pour la faire proportionnellement porter sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés. La situation des hypothécaires spéciaux est donc des plus précaires. Primus étant maître absolu de ruiner l'un et de sauver l'autre, on comprend quel intérêt a Secundus à ce que Primus fasse porter son hypothèque sur le fonds B affecté à Tertius, et réciproquement combien grand est l'intérêt de Tertius à voir Primus faire le choix contraire. Primus pourra même abuser de cette situation pour mettre aux enchères entre eux et favoriser le plus offrant.

On comprend donc combien est digne d'intérêt la position des créanciers hypothécaires spéciaux. Aussi s'est-on efforcé de concilier, d'une manière plus équitable, ce conflit d'intérêts, et plusieurs systèmes ont été proposés.

M. Duranton (t. XIX, n° 390), autorise l'hypothécaire spécial sur le gage duquel le créancier à hypothèque générale a fait porter son choix à invoquer l'art. 1251-1°, en prétendant que, par le paiement qui a été fait à Primus, des deniers provenant de la vente de l'immeuble A, par exemple, sur lequel pesait l'hypothèque spéciale de Secundus, celui-ci lui a été subrogé de plein droit, et qu'il peut en conséquence se prévaloir de l'hypothèque générale

que Primus avait aussi au premier rang sur l'immeuble B (Rouen, 14 mars 1826).

Une pareille prétention est inadmissible : le paiement doit être fait par celui qui se prétend subrogé. Or, c'est donner aux mots le sens qu'ils n'ont pas, que de dire qu'un créancier a payé un créancier antérieur, quand il a été primé par celui-ci sur le gage commun.

D'autres (Tarrible, *Rép. de Merlin, Transcription*, § 6, n° 5) ont suppléé au silence du Code civil par les art. 553 et 554 du Code de commerce. Il s'agit dans ces articles de créanciers chirographaires qui reprennent dans la collocation immobilière des créanciers hypothécaires, ce que ceux-ci ont reçu dans la distribution du mobilier.

Il n'y a pas là d'analogie avec notre espèce, car si les créanciers chirographaires ont un recours, c'est que les créanciers hypothécaires étant intégralement payés sur les immeubles, ils ne peuvent conserver la collocation mobilière faite provisoirement à leur profit : elle revient donc *ipso jure* aux chirographaires. Rien de semblable ici. Ces deux systèmes sont depuis longtemps écartés (Cass., 17 août 1830; req., 31 décembre 1861).

La faculté de droit de Dijon, consultée sur les réformes à introduire à propos des effets de l'indivisibilité de l'hypothèque, avait présenté un système très ingénieux fondé aussi sur la subrogation légale.

« Nous considérons, disait la faculté de Dijon, tous les immeubles frappés de la même hypothèque comme débiteurs solidaires de la créance hypothécaire (et l'indivisibilité de l'hypothèque n'est pas autre chose, en effet, qu'une solidarité réelle), et nous appliquons à ces sortes de débiteurs solidaires par la chose (*re*), d'une part l'art. 1251-3° portant que la subrogation a lieu de plein

droit au profit de ceux qui étant tenus d'une dette pour d'autres ou avec d'autres, avaient intérêt à l'acquitter; de l'autre les art. 1213 et 1214 portant que l'obligation contractée solidairement se divise de plein droit entre les débiteurs, et que celui qui l'a payée ne peut réclamer que la part et portion de chacun des débiteurs (Documents sur le régime hypothécaire publiés en 1844, t. II, n° 268). »

Cette assimilation des immeubles à des débiteurs nous paraît trop hardie pour être admissible; on ne peut guère supposer que pareille idée ait pu venir à l'esprit des rédacteurs du Code.

Restent en présence trois systèmes qui demandent une discussion plus approfondie.

Le premier système, défendu particulièrement par MM. Aubry et Rau, soutient que la subrogation à l'hypothèque générale peut être obtenue par l'un des hypothécaires spéciaux et pas par l'autre; c'est-à-dire que Secundus, le créancier dont l'hypothèque spéciale est la plus ancienne, peut payer de ses deniers le créancier Primus et diriger ensuite sur le fonds B l'hypothèque que la subrogation légale vient de mettre à sa disposition, mais que Tertius, le créancier, dont l'hypothèque spéciale est la plus récente, ne peut pas prendre la voie de la subrogation pour diriger, sur le fonds A, l'hypothèque générale du créancier qu'il aurait payé de ses deniers.

Voici en quels termes MM. Aubry et Rau défendent leur opinion :

« Bien que nous supposions des hypothèques spéciales portant sur des immeubles différents, et entre lesquels il ne peut s'élever de véritables conflits, il n'en serait pas moins contraire au principe qui sera développé à la note 26, que l'expédient de la subrogation pût devenir, pour un

créancier plus récent, un moyen d'améliorer sa position au détriment de créanciers plus anciens. »

Et la note 26 est ainsi conçue : « Le crédit hypothécaire d'une personne se détermine par la valeur réunie de tous les immeubles qu'elle possède, et s'épuise à mesure des hypothèques qui viennent successivement s'y asseoir. Or, il est rationnel et conforme au principe de la publicité des hypothèques, que le créancier qui a obtenu une hypothèque en un temps où le crédit immobilier du débiteur n'était pas encore épuisé par des affectations antérieures, conserve, dans toute éventualité, une position meilleure que celui dont l'hypothèque a pris naissance à une époque où la valeur des immeubles du débiteur se trouvait déjà absorbée. Ce dernier pouvait-il avoir la prétention d'être traité, en cas de déconfiture du débiteur, sur le même pied que les créanciers intermédiaires entre lui et le créancier à hypothèque générale, antérieure en rang, par le motif que leurs hypothèques respectives ne portaient pas sur les mêmes immeubles » (Aubry et Rau, t. III, pp. 415-416 — Troplong, *des Hyp.*, t. III, n° 760 — Grenier, *des Hyp.*, t. I, n° 180 — Agen, 3 janvier 1844 — Cass., 5 août 1847 — Lyon, 24 mai 1850) ?

Nous rejetterons cependant ce système qui n'est conforme ni aux principes de la subrogation ni à ceux des hypothèques.

Et d'abord l'art. 1251-1° est général, il accorde la subrogation de plein droit à celui qui, étant créancier, paye un autre qui lui est préférable à raison de ses privilèges et hypothèques. En payant Primus, Tertius a payé un créancier qui lui était préférable à raison de son hypothèque : donc il est subrogé, donc il succède au droit qu'avait Primus de se faire colloquer sur l'immeuble A.

On objecte que l'hypothèque spéciale de Secundus sur le fonds A est plus ancienne que l'hypothèque spéciale de Tertius sur le fonds B. Mais comment peut-on parler de rang et d'antériorité entre créanciers qui n'ont pas le même gage et qui ne peuvent réclamer la collocation de leurs créances dans le même ordre? Il n'y a de rang qu'entre créanciers inscrits sur le même immeuble, mais les hypothèques qui frappent des immeubles différents sont tout à fait indépendantes les unes des autres. Entre Secundus et Tertius, le concours n'existe pas, puisque chacun est inscrit sur un immeuble différent.

On prétend que Secundus n'a pas commis d'imprudence, au lieu que Tertius est en faute. En prêtant ses fonds, Tertius a dû savoir que les immeubles du débiteur étaient déjà grevés d'hypothèques pour une somme équivalente à leur valeur; il a dû prévoir par conséquent que l'hypothèque qu'il prenait serait inefficace : au lieu que Secundus avait la certitude d'être payé, puisque au moment du prêt les biens de son débiteur n'étaient encore hypothéqués que pour 10,000 fr., alors que leur valeur s'élevait au double. Tertius doit donc supporter seul l'insolvabilité du débiteur, puisqu'il s'est volontairement soumis au danger de la subir, et on ne peut admettre que, par une subrogation obtenue après coup, il vienne changer la situation au préjudice de Secundus.

Mais nous contestons que Secundus n'ait pas commis d'imprudence. Sans doute il serait irréprochable s'il s'était fait consentir une hypothèque spéciale du deuxième rang à la fois sur les fonds A et B, mais c'est ce qu'il n'a pas fait; il a pris hypothèque sur un seul immeuble. On ne peut pas dire dès lors qu'il y avait pour lui certitude d'être payé, car le créancier à hypothèque générale est

maître de la situation; il peut, laissant de côté le fonds B, se porter sur le fonds A exclusivement et ruiner la seule garantie hypothécaire que Secundus ait prise. Tertius n'est pas plus répréhensible que Secundus; il s'est placé exactement dans la même situation que celui-ci; il a accepté les mêmes risques que lui; il s'est exposé à la même chance; il n'y a donc pas une seule raison valable pour préférer le créancier inscrit en 1881 à celui inscrit en 1882.

Un second système a été proposé par Mourlon, et peut se traduire ainsi : ni l'un ni l'autre des créanciers à hypothèque spéciale ne peut, en payant le créancier à hypothèque générale, obtenir la subrogation à l'encontre de l'hypothèque spéciale qui grève l'autre immeuble, pas plus Secundus contre Tertius que Tertius contre Secundus.

Chaque créancier postérieur qui paye un créancier par lequel il est primé, dit le savant auteur, a droit à la subrogation. Donc Secundus, en payant Primus, a droit à la subrogation à son hypothèque générale sur les deux immeubles, de même que Tertius, si c'est lui qui paye l'hypothécaire général, doit obtenir la même subrogation. Et c'est précisément parce que chacun a un droit égal à cette subrogation que ni l'un ni l'autre ne peut l'obtenir.

En effet, si l'un d'eux se fait subroger, l'autre peut venir immédiatement lui offrir ce qu'il a déboursé et le forcer à le mettre en son lieu et place, mais le subrogé pourra lui reprendre à son tour la créance et on tombera ainsi dans un circuit sans issue. Le seul moyen d'empêcher un conflit interminable est d'établir une répartition. Si l'un des deux hypothécaires spéciaux a payé l'hypothécaire général, le bénéfice résultant de la subrogation qui naîtra de ce paiement devra profiter à l'un et à l'autre propor-

tionnellement à la perte éventuelle dont chacun se trouve affranchi par l'effet du paiement.

Dans notre hypothèse, Secundus et Tertius ayant un intérêt égal à la subrogation, le partage se fera par moitié. Ce principe de répartition est d'ailleurs adopté par le Code dans plusieurs cas semblables, entre cohéritiers, entre codébiteurs solidaires, entre cofidéjusseurs, entre codé-
tenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette, ainsi que nous le démontrerons plus tard (Mourlon, pp. 115 et suiv. — Troplong., t. III, n° 760 — Douai, 5 juillet 1843 — Cass., 26 décembre 1853).

Quoique ce système soit conforme à l'équité, nous ne l'admettrons pas encore.

Le système de Mourlon repose sur ceci : que chaque hypothécaire spécial, ayant un droit égal à la subrogation, Secundus ne pourrait l'exercer contre Tertius sans que celui-ci eût immédiatement le droit de l'exercer lui-même contre Secundus, et ainsi de suite, en sorte qu'on tomberait dans un cercle sans fin de *subrogations alternatives*. Nous retombons ici dans la controverse exposée plus haut qui roule sur le point de savoir si un créancier est tenu de recevoir le paiement de sa première créance, lorsqu'il pourrait, en vertu d'une créance postérieure, la reprendre immédiatement. C'est bien la situation ici. L'un des créanciers à hypothèque spéciale ayant payé le créancier hypothécaire général, il a désormais deux créances sur le débiteur ; un autre hypothécaire spécial peut-il lui rembourser la première seulement ? Nous avons soutenu la négative, au lieu que Mourlon n'admet pas cette nécessité de payer les deux créances. Donc, pour nous, le circuit n'est pas possible ; Secundus ayant payé Primus, Tertius ne pourra se substituer à la subrogation de Secun-

dus, qu'en lui remboursant 1° ce qu'il a payé à Primus, 2° sa propre créance, et *vice versa*.

Quant à l'argument tiré de ce que le principe de la répartition est admis par le Code dans plusieurs articles (875, 1213, 2033), nous répondrons que dans les cas prévus par ces textes, la répartition résulte de rapports de droit qui n'existent pas entre cocréanciers; il n'y a pas entre eux une sorte de société d'où résultent pour chacun d'eux des droits et des obligations.

Enfin le troisième système auquel se rallie M. Demolombe enseigne que la subrogation peut être obtenue indistinctement par l'un ou par l'autre des créanciers à hypothèque spéciale, soit par Secundus contre Tertius, soit par Tertius contre Secundus, c'est-à-dire par celui des deux qui aura le premier payé Primus (Demolombe, *Traité des Contrats*, t. IV, n° 493 — Cass., 4 mars 1833 et 3 mars 1856 — Bourges, 18 janvier 1854 — Cass., 2 août 1870). La démonstration de ce système résulte de la réfutation même des deux précédents.

Il va sans dire que, si un concert frauduleux est intervenu entre le créancier à hypothèque générale et le créancier à hypothèque spéciale qui le paye, la subrogation pourra être considérée comme non avenue; mais il faut avouer que la fraude sera difficile à prouver, car le subrogé, presque toujours, aura un intérêt palpable qui suffira à justifier la subrogation.

§ 3. — *De l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.*

Ce second cas de subrogation légale vient également du

droit romain. L'acquéreur qui versait son prix entre les mains des créanciers hypothécaires succédait à leurs hypothèques sur l'immeuble. Mais cette succession s'opérait-elle de plein droit en droit romain, ou fallait-il qu'elle fût requise? Nos anciens jurisconsultes, nous le savons, sont divisés sur la question. Renusson soutient que l'acquéreur est subrogé de plein droit, et la plupart sont de cet avis. Pothier, au contraire, pensait que l'acquéreur n'était subrogé de plein droit que si, dans l'acte de vente, il avait été convenu que le prix servirait à payer les créanciers hypothécaires. Sans cette clause, il n'y avait pas subrogation, mais l'acquéreur pouvait requérir la cession d'actions.

Quoi qu'il en soit, dans notre ancien droit, la plupart des auteurs et notamment Pothier (1) exigeaient de la part de l'acquéreur une réquisition de subrogation. Le Code civil a mis fin à cette controverse, et c'est de plein droit aujourd'hui qu'opère cette subrogation.

L'intérêt de cette subrogation n'apparaît pas clairement tout d'abord. La subrogation suppose un recours dont elle a pour but de garantir l'efficacité, or ici l'acquéreur ne fait que payer sa propre dette, il n'a par conséquent droit à aucun recours. D'ailleurs nul ne peut avoir hypothèque sur son fonds : *Nemini res sua pignori esse potest*.

Mais l'utilité en apparaît pour le cas où l'acquéreur ne conserverait pas l'immeuble et se trouverait exposé à perdre et la chose et son prix. L'acquéreur n'a peut-être pas par exemple désintéressé tous les créanciers hypo-

(1) Pothier, *Introd. au tit. XX de la Coutume d'Orléans*, n° 73 — Renusson, chap. v, n° 14 et suiv. — Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. I, sect. vi, n° 7 — Bretonnier, v° *Subrog.*, t. II, p. 281.

thécaires avec son prix en sorte que ceux qui n'ont pas été payés, conservant leurs droits, peuvent agir hypothécairement contre lui, le contraindre à délaisser l'immeuble ou le saisir et dans les deux cas en provoquer la vente; ou bien encore c'est par l'effet d'une action en revendication, en nullité ou en rescision que l'acquéreur est dépossédé. Lorsque cette résolution de son droit se réalise, il est alors réputé n'avoir été ni débiteur du prix qu'il a payé ce qui fait qu'il a un recours à exercer contre son vendeur, ni propriétaire de l'immeuble ce qui fait qu'il a pu acquérir par la subrogation les hypothèques dont il est grevé. L'immeuble vendu, il y aura lieu à distribution du prix par voie d'ordre, et si l'acheteur n'était pas subrogé dans les droits des créanciers qu'il a payés, les derniers créanciers profiteraient à son détriment des paiements par lui faits, et se trouveraient aux premiers rangs, ce qui leur assurerait une collocation effective, pendant que lui se trouverait réduit à un recours probablement inefficace contre son vendeur insolvable. Grâce au bénéfice de la subrogation légale de l'art. 1251-2°, il viendra comme subrogé aux droits des créanciers qu'il a payés, reprendre ce qu'il a déboursé, dans l'ordre de distribution du prix. D'ailleurs la plupart du temps l'art. 1251-2° aura pour l'acheteur un effet préventif très intéressant, car les créanciers derniers en rang d'hypothèque n'useront pas souvent du droit de provoquer la vente, puisque devant en tous cas être primés par l'acheteur subrogé, ils n'auront pas d'intérêt à faire vendre l'immeuble quand il sera constant que la vente amiable a été faite au prix réel de la chose.

L'acquéreur, il est vrai, a un autre moyen de dégrever son immeuble des hypothèques qui le chargent, celui de

la purge, qui peut lui permettre, sans le forcer à déboursier une somme supérieure à son prix d'acquisition, de nettoyer son immeuble de toutes les hypothèques, même de celle des créanciers qui n'auront pas été payés, mais la purge a l'inconvénient de le contraindre à payer immédiatement son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles (2184), au lieu que le paiement avec subrogation lui permet de jouir des délais accordés au débiteur originaire et de l'obliger à provoquer les créanciers à une surenchère d'un dixième, danger qui sera d'autant plus grave que le marché du tiers acquéreur sera meilleur.

L'art. 1251-2° accorde la subrogation légale à « l'acquéreur d'un immeuble... » Il faut donc que celui qui paye les créanciers hypothécaires soit acquéreur au moment où il fait le paiement.

D'où il suit qu'il n'aurait pas droit à la subrogation s'il avait payé les créanciers avant d'avoir contracté, ni s'il les payait après l'éviction, la résolution ou la rescision du contrat prononcée. Mais au contraire il y aurait droit s'il payait après la revente par lui faite de l'immeuble, car la revente laisse subsister la qualité et les obligations d'acquéreur.

Il faut nécessairement une acquisition sérieuse; si l'acte était simulé, s'il n'était qu'un semblant de vente, le prétendu acquéreur qui aurait payé les créanciers hypothécaires ne serait pas subrogé de plein droit. Il n'aurait d'autre ressource que la subrogation de l'art. 1250-1°.

Il n'y a pas à distinguer si l'acquéreur a reçu ou non *a domino* : pourvu qu'il soit de bonne foi, il a droit à la subrogation; sa qualité d'acquéreur disparaît, il est vrai, par la reconnaissance du droit du véritable propriétaire, mais dans l'art. 1251-2° comme dans une foule d'autres

articles (1625, 1626, 1630, 1632, 1633, 1634) le mot *acquéreur* comprend celui qui a reçu *a non domino*.

Le bénéfice de la subrogation n'est accordé qu'à l'acquéreur d'immeubles, mais s'agit-il de tous les immeubles? L'art. 1251-2° s'applique évidemment à l'acquéreur de la pleine propriété, de la nue propriété ou de l'usufruit, mais non pas, comme l'enseigne Mourlon, à l'acquéreur d'un droit d'usage ou d'habitation.

L'art. 1251-2° parle de « l'acheteur qui emploie le prix de son acquisition à payer les créanciers. » *Quid* si l'acheteur a employé moins que son prix?

Dans ce cas, l'acheteur encore sera subrogé jusqu'à concurrence de la somme qu'il aura consacrée à rembourser les créanciers hypothécaires. Il ne peut y avoir doute sur ce point, car à moins de lui imposer l'obligation de payer les créanciers simultanément, ce qui ne serait pas toujours praticable, il faut bien qu'il commence par payer un des créanciers avant les autres, et à ce moment il se trouve n'avoir employé qu'une partie de son prix. L'art. 2167 reconnaît d'ailleurs qu'il jouit des délais accordés au débiteur primitif, par conséquent, si la seconde créance n'est pas échue, il faut bien qu'il soit subrogé dans les droits du premier créancier qu'il a payé et dont la créance était seule exigible.

Mais l'acheteur peut au contraire avoir employé plus que son prix, ou même il peut, après avoir payé son prix imprudemment au vendeur, le payer une seconde fois aux mains des créanciers hypothécaires. Il peut paraître alors que la subrogation doit lui être refusée, puisqu'on n'est plus dans les termes stricts de notre article. La doctrine contraire est cependant certaine : si la loi parle de prix, c'est seulement parce que l'acquéreur n'emploie le

plus ordinairement que son prix et ne l'excède pas. D'ailleurs si on admet, comme nous le ferons, que le tiers détenteur qui paye les créanciers hypothécaires est subrogé légalement, il faudra bien reconnaître que l'acquéreur jouira de la subrogation pour ce qui excède son prix d'acquisition, au moins en vertu de l'art. 1251-3° (1).

Si l'acquéreur se trouvait au nombre des créanciers hypothécaires et qu'il fît ainsi confusion en lui-même, serait-il, le cas échéant, subrogé à son hypothèque? Elle paraît à première vue singulière, cette subrogation de l'acquéreur à une hypothèque qui lui appartient. On décide cependant que sa créance et son hypothèque renaissent après l'éviction. L'acquéreur n'a pas acquis une propriété incommutable, définitive, puisqu'il peut en être évincé; si son acquisition n'est pas incommutable, la confusion qu'elle produit, et par suite l'extinction de l'hypothèque qui résulte de la confusion, ne le sont pas non plus. Tout se tient; reste-t-il propriétaire incommutable, la confusion et l'extinction de l'hypothèque sont définitives; est-il exproprié, l'acquisition, la confusion et l'extinction de l'hypothèque sont réputées inexistantes. Tel est l'effet des conditions résolutoires de remettre les choses au même état qu'avant la convention (Orléans, 8 juillet 1845).

Mais il convient, dit M. Larombière (2), de restreindre cette décision au cas où les droits du créancier ont été éteints virtuellement par les effets propres de la confusion, en dehors de tout acte volontaire. Elle est inapplicable quand indépendamment de la confusion, il a déclaré

(1) Cass., 15 janv. 1833 — Cass., 21 déc. 1836 — Cass., 15 avril 1844 — Aubry et Rau, t. IV, p. 183 — Larombière, t. III, art. 1251, n° 27 et 28 — Santerre, t. V, n° 194 bis, V — Demolombe, t. XXVII, n° 524.

(2) Larombière, t. III, art. 1251, n° 24.

expressément compenser sa créance avec son prix, sans réserves aucunes, et éteindre ainsi ses droits purement et simplement.

L'acquéreur doit employer son prix au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué, d'où il suit que l'acquéreur n'est obligé de payer avec son prix les créanciers hypothécaires qu'autant que leurs hypothèques affectent l'immeuble par lui acquis. Si donc le créancier avait divisé sa créance de manière que telle fraction portât, quant aux garanties hypothécaires, sur l'immeuble aliéné et telle autre sur un immeuble resté aux mains du débiteur, l'acquéreur n'aurait besoin que de payer la créance hypothécaire qui affecte l'immeuble acheté par lui. Le créancier ne pourrait arguer de l'indivisibilité du paiement, car le tiers acquéreur n'est tenu que réellement et paye toute la dette dont il est tenu quand il paye toute la dette à laquelle son immeuble est affecté (Cass., 21 décembre 1836).

L'acquéreur doit faire un paiement réel et effectif, mais peu importe qu'il ait payé sur poursuites ou spontanément. Il faut, pour qu'il jouisse du bénéfice de l'art. 1251-2°, que les créanciers qu'il paye aient une hypothèque ou un privilège sur l'immeuble. Le texte est formel. Ainsi il n'y aurait pas droit s'il payait un donateur qui a seulement une action résolutoire pour cause d'inexécution des charges de la donation.

Est-il nécessaire que ce soit l'acquéreur lui-même qui paye les créanciers, qui se mette en rapport avec eux ? Sans doute il peut le faire par lui-même, ou un mandataire, mais le prix peut-il passer par les mains du vendeur ?

S'il a versé son prix purement et simplement au vendeur et que celui-ci l'a employé à désintéresser les créanciers

hypothécaires, il ne sera pas subrogé. Il n'a montré par là aucune intention d'acquérir la subrogation; il a seulement payé pour se libérer personnellement envers le vendeur, et le vendeur de son côté en remboursant ses créanciers n'a fait que payer sa dette.

Mais *quid* si l'acquéreur a remis le prix au vendeur en le chargeant comme mandataire de l'employer lui-même à payer les créanciers hypothécaires ?

Malgré l'opinion de MM. Mourlon et Gauthier (1) qui soutiennent qu'en ce cas encore le tiers ne sera pas subrogé de plein droit, nous estimons qu'il obtiendra la subrogation légale. C'est le cas que le droit romain semble avoir spécialement prévu. L'acquéreur, avons-nous dit, peut payer par lui-même ou par un mandataire et rien ne l'empêche de prendre son vendeur pour mandataire. Or est-ce autre chose qu'un mandat que cette condition d'emploi qu'il a mise au payement du prix ? Par cette clause, il a suffisamment manifesté l'intention d'acquérir la subrogation. Il est certain cependant que la distinction pourra souvent être fort difficile à faire (2).

C'est à grand tort qu'il a été jugé que l'acquéreur qui payait un créancier hypothécaire en vertu d'une clause du contrat de vente, ne pouvait pas être subrogé parce que, dans ce cas, il ne faisait qu'acquitter sa propre dette (3). Une pareille décision est absolument contraire à l'opinion de nos anciens auteurs et au texte de l'art. 1251-2°, qui exige, pour seule condition, que l'acquéreur emploie son prix au payement des créanciers hypothécaires.

(1) Mourlon, p. 385 — Gauthier, n° 290.

(2) Colmar, 16 décembre 1825 — Aubry et Rau, t. IV, p. 183 — Larombière, t. III, art. 1251, n° 17 — Demolombe, t. XXVII, n° 536.

(3) Amiens, 13 août 1824.

Au cas où l'acquéreur paye lui-même son prix, la justification de l'emploi des deniers résulte suffisamment de la quittance donnée par les créanciers à l'acquéreur sans qu'il soit besoin de mention d'emploi. Si le paiement est fait par l'intermédiaire du vendeur, il serait utile de faire dans la quittance mention de l'emploi, sans quoi on pourrait présumer que le vendeur a effectué le paiement non avec le prix, mais avec d'autres deniers.

La date certaine des quittances n'est pas exigée, mais la prudence le conseille. Il a été jugé que l'acquéreur ne pouvait invoquer le bénéfice de subrogation, si l'acte n'avait acquis date certaine que postérieurement à la radiation de l'inscription consentie par le créancier (1).

L'acquéreur qui emploie son prix à payer les créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué acquiert-il la subrogation en tous leurs droits ou bien ne l'acquiert-il qu'en ce qui concerne l'objet de son acquisition? En droit romain cette subrogation de l'acquéreur n'avait d'autre but que de consolider sa possession. De là on avait conclu que cette subrogation n'avait d'effet que sur la chose acquise. L'opinion de la plupart de nos anciens jurisconsultes paraît aussi avoir été de restreindre l'effet de la subrogation aux hypothèques des créanciers sur l'immeuble acquis (Renusson, chap. v, n° 42 — Argou, liv. IV, chap. v — Rousseau de la Combe, v° *Subrog.*, n° 8). Pothier distinguait (2) si l'acquéreur en payant son prix aux créanciers hypothécaires n'avait pas requis la cession d'actions, il n'était pas subrogé même à leurs hypothèques sur l'immeuble acquis par lui. Telle eût été du moins la rigueur des principes, mais il admettait pourtant que

(1) Cass., 14 juillet 1813.

(2) Pothier, *Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*.

l'acquéreur pouvait exercer leurs hypothèques sur cet immeuble, contre les créanciers postérieurs à ceux qu'il avait payés, parce que l'argent qu'il a employé à écarter les premiers créanciers a eu pour résultat d'améliorer leur gage : *Meliorum fecit in eo fundo creditorum pignoris causam*; en conséquence, il est juste qu'il puisse *per exceptionem doti* retenir ce qu'il a payé. Mais, si l'acquéreur a requis la cession d'actions, il obtenait, d'après Pothier, la subrogation complète à tous les droits des créanciers payés, tant sur l'immeuble acquis que sur les autres biens affectés à leurs créances (Cout. d'Orléans, tit. XX, n° 73).

Dans notre droit actuel, Toullier et Duranton avaient d'abord soutenu la doctrine de la majorité des auteurs de l'ancien droit (En ce sens : Bourges, 10 juillet 1829 — Paris, 10 juin 1833); mais aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes à décider que la subrogation a lieu non seulement en ce qui concerne la chose acquise par l'acquéreur, mais encore, en ce qui concerne les autres biens du vendeur qui étaient affectés à la créance payée. La loi ne fait en effet aucune distinction quant à l'étendue de la subrogation entre le cas qui nous occupe et les autres. L'acquéreur est subrogé de plein droit; il l'est donc comme on l'est ordinairement, or la subrogation comprend généralement tous les droits qui appartenaient au créancier payé. Il est vrai que cette subrogation a été introduite dans l'origine pour protéger l'acquéreur qui paye les premiers créanciers hypothécaires contre l'éviction que pourraient lui faire subir les créanciers non payés. Mais cette cause d'éviction n'est pas finalement la seule qui puisse donner à son profit ouverture aux effets de la subrogation. Donc, il importe à l'acquéreur d'être subrogé

à tous les droits des créanciers par lui payés. D'ailleurs, comme tiers détenteur, l'acquéreur est tenu hypothécairement de payer pour le débiteur et il y a intérêt. Si donc il ne pouvait invoquer l'art. 1251-2°, il pourrait invoquer l'art. 1251-3°; et d'autre part, aussitôt qu'il est évincé, il a recours contre son vendeur. Ce recours est une créance primée par les créanciers hypothécaires. Lors donc qu'il a payé les créanciers hypothécaires, il a payé comme créancier éventuel, dans la prévision d'un recours, un créancier qui lui était préférable. Il peut donc encore invoquer de ce chef la subrogation illimitée du n° 4 de l'art. 1251 (1).

Les mêmes raisons devraient faire reconnaître une subrogation entière dans ses effets au profit de l'acquéreur qui, après avoir payé son prix au vendeur, se verrait contraint de désintéresser l'un des créanciers hypothécaires. Cependant M. Demolombe apporte dans un cas une exception à cette solution (2).

Voici l'hypothèse que suppose le savant auteur : Deux immeubles A et B valant chacun 100,000 fr. sont tous deux grevés d'une hypothèque générale du premier rang pour une créance de 100,000 fr. au profit de Primus. Puis l'immeuble A est grevé pour une créance de 100,000 fr. au profit de Secundus d'une hypothèque spéciale du second rang, et l'immeuble B également d'une hypothèque spéciale de second rang pour 100,000 fr. dus à Tertius. J'achète l'immeuble A 100,000 fr., et je paye mon prix

(1) Cass., 15 janvier 1833 — Cass., 21 décembre 1836 — Cass., 15 avril 1844 — Alger, 18 janvier 1868 — Delvincourt, t. II, p. 562 — Troplong, *des Hypoth.*, t. I, n° 359 — Mourlon p. 388 — Gauthier, n° 270 — Aubry et Rau, t. IV, p. 186 — Larombière, t. III, art. 1251, n° 25 — Demolombe, t. XXVII, n° 546.

(2) Demolombe, *Traité des Contrats*, t. IV, n° 554.

au vendeur. Puis pour décharger mon immeuble des deux hypothèques qui le grèvent, j'ai recours à la purge. Aucune surenchère n'étant portée, les 100,000 fr. sont naturellement attribués à Primus, et Secundus ne venant pas en ordre utile voit son inscription rayée. Mon immeuble A est donc purgé, mais j'ai avancé 100,000 fr. dont je veux obtenir le recouvrement. Pour y arriver j'invoque la subrogation légale aux droits de Primus payé de mes deniers et j'exerce son action hypothécaire sur l'immeuble B. Cette prétention est-elle fondée, se demande M. Demolombe? Et il la repousse par les arguments suivants :

Le subrogé ne peut avoir par la subrogation plus de droits que n'en avait le subrogeant. Or celui-ci n'aurait pas pu ruiner en même temps les deux hypothèques spéciales. La prétention du subrogé doit donc être repoussée puisqu'elle tend à faire périr les deux hypothèques spéciales sans que ni l'une ni l'autre ne soit satisfaite. D'ailleurs, il ne se peut pas que la même créance soit colloquée deux fois; or la créance de Primus a été remboursée sur le prix de l'immeuble A, et c'est encore elle que l'acquéreur veut faire colloquer sur le prix de l'immeuble B. Enfin, le système contraire produirait cette conséquence intolérable que deux immeubles qui valent ensemble 200,000 fr. et qui sont grevés d'un passif hypothécaire de 300,000 fr. ne fourniront aux créanciers qu'un paiement de 100,000 fr.

§ 4. — *De celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt de l'acquitter.*

La subrogation légale établie au profit de ceux qui sont

tenus avec ou pour d'autres est la plus générale et la plus importante : elle s'applique à de nombreuses classes de débiteurs, et les intérêts qu'elle vient protéger sont des plus favorables.

Nous avons déjà retracé rapidement l'histoire de cette subrogation légale : nous avons vu que déjà Dumoulin soutenait que tous ceux qui payaient une dette dont ils étaient tenus avec ou pour d'autres étaient subrogés de plein droit sans qu'ils eussent besoin de requérir la subrogation. Mais, comme nous l'apprend Pothier (1), on avait continué d'enseigner dans les écoles et au barreau qu'il n'y avait pas de subrogation aux actions du créancier en faveur du codébiteur solidaire, de la caution ou de tout autre coobligé qui payait la totalité de la dette s'ils ne l'avaient requise du créancier. En Bretagne, par exception, on suivait le principe de la subrogation de plein droit. Notre Code, avec raison, a fait triompher après trois siècles la doctrine de Dumoulin, et supposant une cession d'actions tacitement convenue, il a admis la subrogation de plein droit.

Deux conditions sont exigées par l'art. 1251-3° pour qu'il y ait lieu à subrogation légale :

1° Être tenu avec d'autres ou pour d'autres, peu importe qu'on le soit personnellement ou *propter rem* ;

2° Avoir intérêt à acquitter la dette.

La première condition remplie entraîne forcément la seconde, la seconde, au contraire, peut exister sans la première : on peut avoir intérêt d'acquitter une dette sans cependant en être tenu. Dans ce cas il n'y a pas lieu à subrogation légale : ainsi le tiers qui, pour se soustraire

(1) *Traité des Oblig.*, n° 280.

aux conséquences d'une condition résolutoire, s'empresse de satisfaire aux obligations personnelles du débiteur, ne doit pas être considéré comme tenu pour un autre et ne sera pas subrogé de plein droit.

Dans l'ancien droit, toute personne intéressée à payer était fondée à requérir du créancier la cession de ses actions (1), et Poullain-Duparc va même jusqu'à dire qu'elle est subrogée de plein droit (2). Quoi qu'il en soit, les deux conditions sont aujourd'hui cumulativement exigées, et même le principal motif qui a fait établir cette subrogation dérive de ce que ceux à qui elle est accordée peuvent être forcés de payer la dette; et c'est de là par suite que dérive leur intérêt de payer, parce qu'ils sont soustraits par le paiement aux incertitudes sur le moment où il faudra déboursier le montant de la dette, aux risques de la chose due quand il s'agit d'un corps certain et aux éventualités qui menacent la solvabilité du coobligé ou de l'obligé principal. Quant à l'utilité de la subrogation, elle apparaît clairement, puisque ces obligés ayant, lorsqu'ils ont payés, un recours pour tout ou partie de ce qu'ils ont déboursé, ce recours leur est mieux assuré par la subrogation qui leur attribue les garanties dont jouit le créancier désintéressé.

La loi, en employant ces expressions : « Être tenu pour un autre, être tenu avec un autre, » veut dire qu'elle subroge tous ceux qui sont dans la nécessité de payer une dette qui est, soit pour le tout, soit pour partie, celle d'un autre et dont le paiement ouvre en conséquence à leur profit une action en recours.

(1) Pothier, *Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n° 79.

(2) Poullain-Duparc, t. VII, liv. III, chap. xx, n° 92.

Examinons successivement à quelles catégories de personnes peuvent s'appliquer les termes de la loi :

I — Au premier rang figure le débiteur solidaire, et c'est évidemment une des situations que le législateur avait le plus en vue en établissant la subrogation de plein droit de l'art. 1251-3°.

Pour déterminer les avantages que procurera au débiteur solidaire le bénéfice de la subrogation légale, distinguons deux situations :

1° Supposons d'abord que de trois codébiteurs solidaires un seul soit intéressé à la dette. Si c'est lui qui la paye, il est évident qu'il n'aura pas de recours contre ses codébiteurs : il ne peut même pas se prévaloir de la subrogation, puisqu'il n'a aucune action en recours de son chef. Si, au contraire, c'est l'un des deux autres coobligés qui paye le créancier, il pourra recourir pour le tout contre le seul intéressé à la dette, l'action qu'il a de son chef suffisant déjà pour lui donner ce droit.

2° Supposons à présent que tous les codébiteurs solidaires soient intéressés à la dette. Quel est le *quantum* que pourra réclamer à chacun de ses codébiteurs celui qui payera toute la dette?

S'il n'agissait que de son propre chef, il n'aurait certainement action que pour la part de chacun ; c'est la conséquence indéniable de l'art. 1213. Mais quand le débiteur solidaire agit en vertu des droits du créancier, il semble à première vue que, puisque le créancier pouvait demander le tout, celui qui lui est substitué doit également pouvoir poursuivre pour la totalité, sauf déduction de sa part confuse.

Néanmoins, on s'accorde à reconnaître que celui qui a payé la totalité de la dette ne peut malgré le bénéfice de

la subrogation réclamer à chacun des autres que sa part dans la dette. L'ancien droit en donnait la raison que si on lui accordait une action solidaire contre ses codébiteurs, en vertu de la subrogation, ceux-ci ayant un droit égal à la subrogation auraient à leur tour contre lui une action solidaire et qu'on se trouverait ainsi engagé dans un circuit de subrogations successives (1).

Ce raisonnement décisif au premier abord a été démolí par Toullier (2), qui a démontré que ce cercle vicieux n'existait pas, en effet, le codébiteur subrogé ne pouvant poursuivre solidairement les autres que sous déduction de sa part dans la dette et dans les insolvabilités, sa part confuse en lui, il n'a aucune action à céder contre lui-même, puisqu'en ce qui le concerne, il a acquitté toutes ses obligations. D'ailleurs, le débiteur solidaire, qui se serait fait rembourser tout ce qui excède sa part, ne pourrait plus être inquiété à cause du principe consacré par l'art. 1252 : *Nemo contra se subrogasse censetur*.

Mais notre opinion a à son service des arguments d'une valeur plus sérieuse. Sans parler, en effet, de l'autorité de la tradition, qui pour être appuyée sur un raisonnement inexact, n'en est pas moins certaine, il y a dans le Code un article auquel la doctrine adverse enlèverait toute portée pratique. L'art. 1214, en effet, déclare que le codébiteur solidaire qui a payé toute la dette ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux. Or, la subrogation légale étant toujours acquise à celui qui paye, l'art. 1214 n'aurait plus de sens si la subrogation lui permettait de réclamer le tout à l'un de ses coobligés.

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, n° 281.

(2) Toullier, t. VII, n° 163.

Enfin il reste à faire valoir cette considération, qu'il existe entre les codébiteurs solidaires une espèce de société d'où résulte une obligation mutuelle de garantie qui s'oppose de la part de l'un d'eux à toute action dont le résultat serait de causer aux autres un dommage dont il leur devrait lui-même la réparation.

M. Toullier (1) fait exception à la solution que nous venons d'indiquer au cas où le codébiteur solidaire qui a payé s'est fait subroger conventionnellement. En ce cas il jouirait à l'encontre de ses codébiteurs du bénéfice de la solidarité. Nous persistons cependant avec la grande majorité des auteurs dans l'opinion précédemment exposée. Il ne pourrait pas davantage poursuivre ses codébiteurs pour plus que leur part, car il ne peut pas par son fait se délier de l'obligation de garantie dont il est tenu envers ses collègues, et c'est cette obligation qui amoindrit les effets de la subrogation. D'ailleurs qu'est-ce autre chose, la subrogation légale, qu'une subrogation conventionnelle tacitement présumée par la loi ? La subrogation conventionnelle expresse ne saurait donc produire plus d'effets que la subrogation conventionnelle tacite. Si l'une ne donne qu'un recours divisé, l'autre ne peut donner un recours solidaire.

Malgré la nécessité de diviser son recours contre ses codébiteurs, la subrogation pourra cependant servir au codébiteur qui aura fait l'avance. Il pourra, en effet, exercer jusqu'à la quotité de son recours contre chacun, les hypothèques que le créancier pouvait avoir sur les biens de ses codébiteurs. Sans la subrogation, il n'eût pu agir que par l'action personnelle de mandat qui le laissait

(1) Toullier, t. IV, n° 193.

exposé aux risques de leur insolvabilité. Il peut se faire à l'inverse que son action de mandat lui soit plus avantageuse que celle du créancier; en vertu de la subrogation il ne peut réclamer que ce qu'il a payé au créancier, tandis que par l'action qu'il a de son chef il pourra réclamer les intérêts de ses intérêts qui à son égard forment un vrai capital, de plus ils courent de plein droit à partir du paiement (2004).

Pour en finir avec les débiteurs solidaires, il nous reste la question du recours du débiteur solidaire subrogé contre les cautions.

Le codébiteur qui a payé la dette ne peut exercer aucun recours contre la caution qu'il a donnée, ni même contre celle qui aurait cautionné tous les débiteurs solidaires.

Mais supposons que de trois débiteurs solidaires l'un, Primus, ait fourni une caution : Secundus payant la dette pourra-t-il recourir en vertu de la subrogation contre cette caution, et s'il le peut, pour combien?

Il est d'abord certain que Secundus ne pourrait réclamer à la caution plus qu'il ne pourrait exiger de Primus, c'est-à-dire la dette entière si Primus était seul intéressé dans la dette, la part virile de Primus, si tous trois ont un intérêt égal dans la dette. Mais le peut-il?

M. Gauthier (1) ne l'admet pas et se fonde sur l'existence du bénéfice de discussion au profit de la caution. La caution, dit-il, dirait à Secundus : « Si le créancier m'avait poursuivi, j'aurais pu le renvoyer à se faire payer par vous; donc ce n'est pas vous qui pouvez rien me demander, » et cette exception dans la bouche de la caution devra faire repousser l'action du subrogé.

(1) Gauthier, n° 432.

Pothier accordait un recours contre la caution au codébiteur solidaire qui avait payé. « Le codébiteur solidaire, disait-il, qui en payant a requis la subrogation, est pour le surplus de ce dont il était débiteur pour soi-même, et sans recours, subrogé aux actions du créancier, non seulement contre ses codébiteurs, mais contre leurs cautions, s'ils en ont donné au créancier (1). » Nous admettrons la théorie de Pothier, mais en précisant davantage et en établissant dans quelle mesure la subrogation aura lieu. Les codébiteurs peuvent avoir contracté la dette dans un intérêt commun ou dans celui d'un seul. Si les codébiteurs ont contracté la dette dans un intérêt commun, chacun est débiteur d'une part de la dette proportionnelle à son intérêt, et pour le surplus est caution de ses codébiteurs : si l'un d'eux a donné une caution, sa part de dette se trouve donc cautionnée à la fois par elle et par ses codébiteurs, qui se trouvent ainsi être de véritables cofidélusseurs de la caution. Dès lors le débiteur qui a payé devra supporter sa part dans la dette; il réclamera à chacun de ses codébiteurs sa part et portion, conformément à l'art. 1214 : si l'un d'eux est insolvable, sa part tombera à la charge de ses codébiteurs et de sa caution, conformément à l'art. 2033. Que si l'affaire ne concernait qu'un seul des codébiteurs, si c'est lui qui paye le créancier, il n'a de recours contre personne : si la dette a été acquittée par l'un des débiteurs non intéressés, il a un recours intégral contre le seul intéressé, un recours contre ses codébiteurs non intéressés pour leur part dans la dette (1214), enfin recours contre la caution pour sa portion dans la part du débiteur qu'elle a cautionné (2033) (Mourlon, p. 108).

(1) Pothier, *Traité des Oblig.* n° 281.

II — *Caution*. — La caution qui paye le créancier est subrogée de plein droit soit en vertu du principe général contenu dans l'art. 1251-3°, soit en vertu de l'art. 2029 d'après lequel la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits du créancier contre le débiteur : peu importe qu'elle ait payé volontairement ou sur poursuites, qu'elle se soit obligée au su ou à l'insu du débiteur, même contre son gré.

Si une obligation solidaire garantie par une caution qui s'est obligée pour tous les débiteurs, est acquittée par elle, elle pourra, dit l'art. 2030, exercer contre chacun son recours pour le tout. Mais une question extrêmement controversée est celle de savoir au cas où elle n'aurait cautionné qu'un ou quelques-uns des débiteurs solidaires, quelle est l'étendue de son recours contre ceux qu'elle n'a pas cautionnés, car pour ce qui est de ceux qu'elle a cautionnés, il n'est pas douteux qu'elle n'ait contre eux un recours *in integrum*, sans même qu'il soit besoin de la subrogation pour cela.

Un premier système enseigne que lorsque la caution n'a cautionné qu'un des débiteurs solidaires, elle n'est pas subrogée pour le tout, contre ceux qu'elle n'a pas cautionnés, aux droits du créancier, et qu'elle a seulement, du chef du codébiteur qu'elle a cautionné, un recours divisé contre chacun des autres débiteurs.

On s'appuie d'abord sur le texte de l'art. 2030 qui suppose un cautionnement de tous les codébiteurs solidaires et l'on en tire *a contrario* la conséquence que si la caution ne s'est obligée que pour un seul, elle n'a pas contre les autres de recours solidaire. On invoque encore l'opinion de Pothier qui a écrit que dans ce cas la caution n'a, après avoir acquitté la dette, d'action directe que

contre celui qu'elle a cautionné : elle peut seulement comme exerçant les droits et actions du débiteur qu'elle a cautionné, exercer celles que celui-ci, en acquittant la dette, aurait pu exercer contre ses codébiteurs et de la même manière.

En effet, disent MM. Aubry et Rau, le cautionnement fourni pour l'un des codébiteurs seulement, ne crée de relations juridiques qu'entre les fidéjusseurs et celui des codébiteurs qu'il a cautionnés. Si, de fait, la dette par lui garantie est aussi la dette des autres codébiteurs, il n'existe cependant aucun rapport de droit entre ces derniers et lui, et on ne peut pas dire qu'il soit tenu avec eux ou pour eux dans le sens de l'art. 1251-3°. Cette disposition et la subrogation légale aux droits du créancier qu'elle établit étant écartées, il faut bien reconnaître que le fidéjusseur d'un seul des codébiteurs solidaires ne peut, *ipso jure*, en vertu du paiement qu'il a fait, avoir de recours à exercer contre les autres que du chef de celui qu'il a cautionné.

Enfin, on objecte que les débiteurs non cautionnés ne doivent pas voir leur situation aggravée par le fait d'un cautionnement qui est à leur égard *res inter alios acta* (En ce sens : Duranton, Troplong, Toullier) (1).

On ne peut méconnaître la gravité de ces arguments, et c'est avec une grande hésitation que nous croyons devoir préférer le système qui enseigne que la caution, qui n'a cautionné que quelques-uns des codébiteurs solidaires, n'en est pas moins subrogée aux droits du créancier et

(1) Cass., 19 avril 1854 — Dev., 55, I, 17 — Cass., 10 juin 1861 — Dev., 61, II, 190 — Duranton, t. XXVIII, n° 355 — Troplong, *du Caut.*, n° 379 — Toullier, t. VII, p. 34 — Aubry et Rau, t. IV, pp. 687-688 — Moulon, pp. 108 et suiv.).

peut en conséquence exercer son recours pour le tout contre chacun de ceux dont elle ne s'est pas portée fidéjusseur.

Il n'est pas vrai, dit-on, dans ce système, que la caution ne soit subrogée qu'aux droits du débiteur qu'elle a cautionné. « La caution qui a payé, dit l'art. 2029, est subrogée aux droits du créancier. » La première rédaction de cet article portait que la caution a, pour le recours, les mêmes actions et le même privilège de subrogation que le débiteur solidaire. Si cette rédaction eût été maintenue, le système contraire serait fondé, mais précisément le Tribunal a fait changer cette rédaction et l'a remplacée par le texte absolu de l'art. 2029 actuel qui déclare sans distinction que la caution est subrogée aux droits du créancier.

Et c'est à tort, ajoute-t-on, qu'on prétend qu'il n'existe pas de lien de droit entre le fidéjusseur et ceux qu'il n'a pas cautionnés. Pothier, dont on invoque aussi l'autorité dans cette opinion, disait : « On peut dire que celui qui a cautionné l'un des codébiteurs solidaires a en quelque sorte cautionné les autres, car l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est engagé, il a accédé à toutes. » Et, en effet, la caution, lors même qu'elle n'a cautionné qu'un des codébiteurs solidaires, n'en est pas moins tenue de la même dette pour les autres codébiteurs. Or, cette condition est la seule qu'exige l'art. 1251-3° pour la subrogation qu'il accorde.

On objecte un circuit vicieux d'actions fondé sur ce que la caution doit subroger à ses droits contre elle-même le codébiteur qui la paye. Mais c'est là une grave erreur. Non, la caution n'est pas tenue en recevant paiement de

subroger contre elle les codébiteurs qu'elle n'a pas cautionnés. Ceux-ci sont des débiteurs directs et principaux, tandis que la caution n'est qu'un débiteur accessoire et secondaire. La caution s'est engagée vis-à-vis du créancier et non à l'égard des débiteurs qu'elle n'a pas cautionnés. Elle a garanti envers le créancier le paiement de la dette, mais non pas envers les autres codébiteurs, leur recours contre celui qu'elle a cautionné.

Quant à l'objection tirée de l'art. 2030, elle tombe si on examine le but de cet article : on n'a voulu que tirer la conséquence du principe posé dans l'art. 2029 et en faire l'application à la dette solidaire pour bien indiquer que la subrogation s'opère au droit qu'avait le créancier dans toute sa plénitude. La raison de cet article est que chaque débiteur est tenu de la totalité (exposé des motifs). D'ailleurs, le législateur a parlé de l'espèce la plus ordinaire, a statué sur le *de eo quod plerumque fit*.

Enfin en accordant à la caution un recours solidaire contre tous, nous n'aggravons pas la condition des débiteurs solidaires : elle reste la même que si un étranger avait payé avec subrogation conventionnelle, en dehors de tout cautionnement préalable.

Il résulte de ce système que la caution peut agir pour le tout contre celui-là même des débiteurs solidaires qui, n'ayant pas d'intérêt dans la dette, n'en doit supporter aucune part, tandis que, d'après le système opposé, elle n'aurait pas du chef du débiteur cautionné d'action contre un tel codébiteur (En ce sens : Gauthier, Demolombe, Marcadé, Larombière (1)).

(1) Demolombe, t. XXVII, n° 614 — Gauthier, n° 433 et suiv. — Larombière, t. VII, art. 1251, n° 50 — Marcadé, t. IV, n° 717 et suiv.

Mourlon a un système particulier (p. 101). Appliquant l'art. 1216 dans les rapports de la caution et des codébiteurs solidaires, il regarde ceux qui n'ont pas été cautionnés comme les cofidėjusseurs de la caution pour tout ce qui excède la part qu'ils doivent définitivement supporter dans la dette. Si celui qu'elle a cautionné est seul intéressé à la dette, elle ne pourra réclamer aux autres en vertu de l'art. 2033, que leur part de portion dans la dette. Si tous sont intéressés dans l'affaire, elle pourra exiger de chacun de ceux qu'elle n'a pas cautionnés sa part dans la dette et une part contributoire dans l'insolvabilité de celui qu'elle a cautionné.

Certains auteurs qui tiennent pour le premier système, tels que MM. Aubry et Rau, enseignent du reste, que dans le cas qui nous occupe la caution pourra exercer un recours pour le tout contre chacun, si elle obtient la subrogation conventionnelle du créancier. Pour notre part, nous ne saurions admettre cette concession, si nous adoptons le système exposé en premier lieu.

Quand plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour la même dette, si l'une des cautions en paye la totalité, elle a recours contre les autres pour sa part et portion, et ce recours est assuré par la subrogation légale. Le droit romain refusait, on l'a vu, tout recours au fidėjusseur contre ses collègues. « Mais notre droit a pensé qu'il n'était pas juste que celui qui s'était engagé dans le même péril, ne contribuât pas à la perte et ne fût pas obligé de récompenser celui qui a tout payé, parce qu'il a eu le désavantage d'être attaqué le premier » (Basnage).

Ici encore nous constatons une exception au principe que le subrogé a les mêmes droits que le créancier qu'il

a payé, car le créancier eût pu agir pour le tout contre chaque caution, mais il a paru juridique et équitable qu'obligés tous accessoirement pour une dette qui n'est pas la leur, leur sort fût le même et que la répartition de la perte eût lieu sur chacun pour sa part et portion.

Et lors même que le cofidėjusseur aurait obtenu du créancier la subrogation conventionnelle, nous ne lui permettrions pas davantage d'agir pour le tout. L'art. 2033 dispose d'une manière générale et sans distinction. Il est impossible, nous le répétons, de voir ce que la subrogation conventionnelle pourrait donner de plus que la subrogation légale, puisque celle-ci n'est fondée que sur le pacte tacite de subrogation conventionnelle.

Si nous supposons que plusieurs cofidėjusseurs cautionnent individuellement des codébiteurs solidaires différents, quel serait le *quantum* du recours à accorder contre les autres cautions à celle qui aurait payé toute la dette? On serait tenté de permettre à celle qui aura désintéressé le créancier de réclamer aux autres fidėjusseurs ce qu'elle pourrait exiger du débiteur cautionné par ce fidėjusseur en vertu du principe que la subrogation confère au subrogé les mêmes droits contre les cautions que contre les débiteurs qu'elles ont cautionnés. Nous pensons cependant que la caution ne pourra demander à chacune des autres que sa part dans la dette et sa contribution dans les insolvabilités, car, ayant tous garanti la même dette, ils sont en réalité de véritables cofidėjusseurs, quoiqu'ils aient répondu pour des débiteurs différents; ils étaient tous également tenus de la dette d'autrui, tous dans une position analogue. Le paiement qu'a fait l'un a profité aux autres dans la même proportion : la perte doit donc être également supportée.

III — *Tiers détenteurs*. — Il faut évidemment admettre au bénéfice de la subrogation légale de l'art. 1251-3° les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués, c'est-à-dire ceux qui ont acquis des immeubles affectés par hypothèque à des dettes dont ils ne sont pas personnellement débiteurs. On a cependant soulevé des objections contre cette décision. Le tiers détenteur, a-t-on dit, n'est pas tenu dans le sens propre du mot, car il n'est pas débiteur de la dette, il n'est pas obligé personnellement.

Mais l'art. 1251-3° ne subordonne pas la subrogation légale à l'existence d'une obligation personnelle, il exige seulement que celui qui paye ait pu être contraint à payer. Or c'est là la position du tiers détenteur : il doit payer s'il ne veut pas être privé de l'immeuble, par conséquent il a intérêt à l'acquittement de l'obligation. Et à s'en tenir même aux mots, on voit que le mot *tenu* de l'art. 1251 est celui dont la loi se sert dans l'art. 2168 à propos du tiers détenteur, et l'art. 2167 le déclare obligé à toutes les dettes hypothécaires. On tire encore une objection de l'art. 1251-2° qui accorde la subrogation à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué et on en conclut que cette disposition serait inutile si l'art. 1251-3° embrassait dans sa généralité tous les tiers détenteurs. La réponse est qu'il y avait, comme nous l'avons déjà dit, raison de douter pour l'acquéreur parce qu'il acquitte, en payant, sa propre dette. D'ailleurs le droit romain et l'ancien droit s'étaient toujours occupés particulièrement du cas qui fait l'objet de l'art. 1251-2°. Enfin si la loi dans l'art. 874 admet la subrogation légale quand le tiers détenteur est un légataire comment la refuserait-elle au détenteur à titre onéreux ?

Nous sommes obligés ici d'empiéter sur le chapitre

réserve aux effets de la subrogation à l'occasion de la question de savoir si la subrogation a effet contre les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués. On a soutenu en effet que la subrogation ne pouvait les atteindre (1). Si l'on s'en tient, en effet, strictement à la lettre des articles qui parlent de la subrogation, il semble qu'elle ne produit d'effet que contre le débiteur (1250, 874, 875, 2029, 2033). L'art. 1252 en parlant spécialement des cautions corrobore ce système. D'ailleurs, dit-on, en payant la dette, le subrogé fait l'affaire du débiteur personnel et non du tiers détenteur, qui n'était pas personnellement obligé. Dès lors il ne peut avoir de créance contre lui. Or le subrogé n'a pas la créance du subrogeant, il a une créance propre, munie des garanties de l'ancienne créance, mais s'il n'a pas de créance contre le tiers, il ne peut être question de lui donner les garanties de l'ancien créancier.

Outre que ce raisonnement n'est pas fondé, car le subrogé fait l'affaire du détenteur en libérant son immeuble, en le libérant de l'obligation réelle dont il est tenu, il ne peut pas influencer sur notre solution, puisque pour nous, la subrogation fait passer la créance primitive au subrogé, avec ses accessoires tels que les avait le créancier.

Quant aux arguments tirés des art. 874, 875, 1252, 2029, etc., il est facile de prouver que ces articles n'ont pas la portée qu'on veut leur donner. En effet, l'art. 1250-4° déclare le subrogé substitué aux privilèges et hypothèques du créancier : or, succéder à l'hypothèque, c'est succéder au droit de préférence contre les autres créanciers hypothécaires, au droit de suite contre les

(1) Bugnet, sur Pothier, t. II, pp. 136 et 299.

tiers détenteurs. Si on prend l'article à la lettre, si le subrogé ne peut invoquer les privilèges et les hypothèques que contre le débiteur, il n'y a en réalité ni privilège, ni hypothèque, car ce n'est pas dans les rapports avec le débiteur que le privilège ou l'hypothèque produit ses effets : à son égard tous les créanciers ont le même droit. C'est par rapport aux tiers seulement qu'il est intéressant d'avoir une hypothèque ou un privilège.

Une question importante se dresse maintenant devant nous à propos des tiers détenteurs. Voici l'hypothèse : Un débiteur a trois immeubles hypothéqués pour la même dette au même créancier. Il les vend successivement à trois acquéreurs différents. Le créancier s'adresse à l'un d'eux et lui fait payer la dette. Le vendeur étant insolvable, l'acquéreur Primus peut-il, comme subrogé aux droits du créancier, répéter ce qu'il a payé contre les autres détenteurs et dans quelle mesure?

Dans l'ancien droit, Renusson (1) ne lui accordait pas de recours. « Toutes choses considérées, disait-il, l'acquéreur ayant payé pour conserver sa possession, la subrogation doit être limitée pour lui aux hypothèques qui grèvent son immeuble. Pothier (2) ne lui accordait contre chacun des autres détenteurs qu'un recours divisé, en raison des portions détenues par eux des immeubles hypothéqués, en se fondant sur le motif si souvent invoqué du cercle vicieux d'actions. Bacquet et Ferrière (3) lui accordaient une action hypothécaire pour le tout contre les autres détenteurs, sous déduction de sa part contributive.

(1) Renusson, chap. v, nos 42 et suiv.

(2) Pothier, *Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n° 42.

(3) Bacquet, *des Droits de justice*, chap. xxi, n° 241 — Ferrière, *Cout. de Paris*, sur l'art. 108, § 4, n° 108 et suiv.

Aucun article du Code n'a tranché cette grave controverse. Aussi plusieurs systèmes se trouvent-ils en présence.

M. Gauthier permet à celui qui, poursuivi le premier sera devenu par le paiement maître des actions du créancier, d'exercer ces actions contre le créancier lui-même et de poursuivre en conséquence pour le tout l'un ou l'autre à son choix : le poids de l'insolvabilité du débiteur principal retombera en définitive sur le dernier.

M. Demolombe (1) semble pencher pour le système qui permet au tiers détenteur d'exercer un recours pour le tout contre chacun des autres, à charge de déduire du montant de sa créance la valeur de l'immeuble qu'il détient.

Enfin, la majorité des auteurs reproduit la doctrine de Pothier (2). Il est vrai, dit-on, qu'il n'y a pas dans le Code de texte précis sur la question, mais on ne doit pas hésiter à invoquer par analogie la solution qu'on s'accorde à tirer de l'art. 2033. La situation des tiers détenteurs est, en effet, à ce point de vue identique à celle de plusieurs cautions engagées à la même dette, car ils sont, eux aussi, unis par un lien commun, en ce sens qu'ils sont exposés au même danger. Telle est la considération qui a fait défendre au fidéjusseur subrogé de réclamer à ses coobligés autre chose que leur part virile dans la dette; cette considération se retrouvant dans notre hypothèse, nous devons régler de même les rapports des détenteurs.

(1) Demolombe, *Traité des Contrats*, t. IV, n° 658 (t. XXVII).

(2) Paris, 20 déc. 1834 et 19 déc. 1835 — Dev., 36, II, 159 et 163 — Douai, 27 mai 1840 — Dev., 40, II, 468 — Troplong, *des Hypoth.*, t. IV, n° 788 *ter* — Mourlon, pp. 65 et suiv. — Aubry et Rau, t. IV, p. 188 — Santerre, t. V, n° 197 *bis*, vi à ix — Larombière, t. III, art. 1251, n° 29.

L'art. 875 établit à son tour un système de répartition entre les cohéritiers, or ce dernier cas offre assez d'analogie avec l'espèce qui nous occupe. Le cohéritier poursuivi hypothécairement au delà de sa part est un véritable tiers détenteur. On est donc fondé à dire que le recours du tiers détenteur contre les autres se fractionne également. Enfin la crainte du circuit d'action, quoique peu fondée, n'en a pas moins été éprouvée par les rédacteurs du Code comme par Pothier, et il est vraisemblable que leur volonté a été de prévenir le même mal par le même remède que Pothier y appliquait.

Reste à examiner comment devra se faire la répartition. Elle doit être proportionnelle à l'intérêt qu'avait chacun des tiers détenteurs à l'extinction de la dette. Ainsi l'immeuble de Primus vaut 20,000 fr., celui de Secundus 30,000 fr., celui de Tertius 40,000 fr.; la dette est de 40,000 fr.; il est clair qu'on ne pourrait faire supporter à chacun une part égale dans la perte, puisque l'acquittement de la dette procure à Tertius un avantage beaucoup plus considérable qu'à Secundus et à Primus. Nous comparerons donc la valeur des immeubles et nous décidons que Primus supportera dans la dette $\frac{2}{9}$ ^{es}, Secundus $\frac{3}{9}$ ^{es}, Tertius $\frac{4}{9}$ ^{es}. Si l'immeuble de Tertius valait plus de 40,000 fr. il ne serait cependant compté que pour cette somme, quelle qu'en fût la valeur. Il pouvait toujours le dégager en payant la dette, il ne retire donc du paiement qu'un avantage de 40,000 fr.

La question que nous venons d'examiner se présente également dans les rapports entre les cautions d'une dette et les tiers détenteurs de biens hypothéqués à cette dette. La caution qui a payé est-elle subrogée contre le tiers détenteur? Le tiers détenteur qui a payé est-il subrogé contre la caution?

Nous avons vu que la caution est subrogée, que le tiers détenteur est également subrogé, mais peuvent-ils être subrogés l'un contre l'autre et faut-il admettre que celui qui aura été poursuivi le premier, sera soustrait au fardeau de la dette parce que subrogé contre l'autre, il rentrera dans ses fonds par voie de recours? Il y a évidemment là une solution inadmissible, et tout au plus, si on considérait la caution et le tiers détenteur comme ayant de part et d'autre un droit égal à la subrogation, devrait-on décider qu'il y a lieu à une répartition de la dette entre eux.

Cette solution n'a cependant pas été admise, et la question est de savoir lequel se trouve dans une situation préférable aux yeux de la loi, du fidéjusseur, ou du tiers détenteur.

M. Troplong (1) s'est décidé en faveur du tiers détenteur, et d'après lui le détenteur est subrogé contre la caution et par la caution contre le détenteur. Il invoque la Nouvelle 4 qui avait accordé aux détenteurs le bénéfice de discussion tant à l'encontre des cautions qu'à l'encontre des débiteurs principaux, et l'autorité de notre ancien droit. Pothier autorisait également le détenteur poursuivi par le créancier à demander la discussion préalable du débiteur principal et des cautions. Et c'est bien ce principe, dit M. Troplong, qu'ont consacré les rédacteurs du Code. C'est ainsi que l'art. 2033 ne permet pas à la caution de renvoyer le créancier à discuter les biens hypothéqués qui sont dans les mains du tiers détenteur, et que l'art. 2170 donne au détenteur le droit de requérir la discussion des principaux obligés et par conséquent des cautions qui, obligées personnellement, sont liées d'une façon bien plus étroite

: (1) Troplong, *du Caut.*, n° 429, et *des Priv. et Hyp.*, t. III, n° 800.

que le tiers détenteur tenu seulement hypothécairement et *propter rem*, et doivent être considérées par rapport à lui comme principaux obligés.

Avec la majorité des auteurs nous rejetterons ce système et préférerons la caution (1).

D'abord la règle de la Nouvelle 4 ne fut suivie par aucune de nos anciennes Coutumes. Quant à Pothier, dans son *Traité des Obligations*, alors qu'il traite la question *ex professo*, il reconnaît si bien à la caution le droit de se prévaloir de la subrogation à l'encontre des tiers détenteurs qu'il lui permet de repousser le créancier, lorsque, par un fait positif, il s'est mis hors d'état de céder ses actions en perdant ses droits d'hypothèques. Le Code a également dans l'art. 2037 décidé que la caution serait déchargée, quand la subrogation aux privilèges et hypothèques ne peut plus s'opérer en sa faveur par le fait du créancier. C'est la reproduction de la doctrine émise par Pothier, dans son *Traité des Obligations*, et cette disposition ne faisant pas de distinction prouve d'évidence que la caution peut exiger d'être subrogée dans le droit de suite comme dans le droit de préférence.

Quant à l'art. 2170, on ne comprend pas comment M. Troplong peut en tirer un argument pour sa thèse. Les expressions « principaux obligés » ne comprennent pas la caution, qui n'est qu'un débiteur accessoire : jamais en parlant d'une caution on n'emploie le mot *débiteur principal*. Nous trouverions plutôt dans l'art. 2170 une preuve de la préférence accordée à la caution, car à la différence du tiers détenteur qui peut seulement faire discuter les

(1) Gauthier, n° 456 -- Aubry et Rau, t. IV, pp. 188-19 -- Santerre, t. V, n° 197 bis, X -- Larombière, t. III, art. 1252, n° 19 -- Demolombe, t. XXVII, n° 651.

biens qui sont hypothéqués à la dette et demeurés en la possession du débiteur, elle peut faire discuter le débiteur dans tous ses biens.

Quant à l'art. 2033, comme il a été écrit uniquement dans l'intérêt du créancier, qu'il ne permet pas à la caution de demander la discussion des biens litigieux ou situés hors du ressort de la Cour d'appel, il y a lieu de penser que s'il exclut de la discussion les biens qui sont aux mains des détenteurs, c'est parce qu'il assimile l'action hypothécaire qu'il faudrait exercer sur ces biens à une action litigieuse, et non pas par une appréciation comparée de la situation des cautions et des tiers détenteurs.

Il y a enfin contre le débiteur cette considération décisive dans notre législation qui n'admet plus les hypothèques occultes, mais qui est fondée sur le principe de la publicité des hypothèques. L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui paye son prix sans recourir aux formalités de la purge, commet une imprudence dont il doit supporter les conséquences, sans pouvoir s'en rédimier au détriment de la caution. Celle-ci, au contraire, n'a aucun moyen d'empêcher le débiteur d'aliéner les biens hypothéqués. Comment donc cette aliénation pourrait-elle détériorer sa condition?

A ces raisons générales se joint un motif spécial pour le cas où l'hypothèque a été constituée avant ou en même temps que le cautionnement. Dans ce cas, la caution a pu légitimement compter sur l'hypothèque comme garantie de l'engagement personnel qu'elle contractait, mais même si l'hypothèque n'avait été constituée que postérieurement au cautionnement, nous continuerions de préférer la caution au tiers détenteur, malgré qu'un système intermédiaire ait essayé de distinguer entre le cas où l'hypo-

thèque a été constituée avant et celui où elle l'a été après le cautionnement, décidant que dans ce cas c'est le tiers détenteur qui aura droit à la subrogation contre la caution et non la caution contre le détenteur (Cass., 17 janvier 1831 — Cass., 12 juin 1835 — Cass., 27 novembre 1861 — Mourlon, pp. 84 et suiv., et p. 467).

Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'admettre cette distinction.

Sans doute, quand l'hypothèque a été constituée avant ou en même temps que le cautionnement, il y a, nous venons de le dire, un motif de plus de préférer la caution; mais cet argument n'est pas l'argument décisif, et s'il fait défaut la solution doit rester la même.

D'abord il est douteux que l'art. 2037 ne soit pas applicable au cas où les sûretés, qui ont péri par le fait du créancier, n'avaient été acquises par lui que depuis le cautionnement, et même en adoptant la négative, la conséquence qu'on en prétend déduire, quant à la question de subrogation, n'est pas fondée, la question de subrogation, en effet, dit M. Demolombe (t. XXVII, n° 655), non entre le créancier et la caution, mais entre la caution et le détenteur. L'hypothèque, quoique postérieure au cautionnement, existe, et la question se réduit à ces termes : La caution qui paye le créancier y sera-t-elle subrogée? Oui, selon nous, car l'art. 1251 ne distingue pas plus que les art. 2029 et 2033, en sorte que tous les droits qui appartenaient au créancier lors du payement passent à la caution. Si l'immeuble hypothéqué était demeuré aux mains du principal obligé la caution eût été subrogée au droit de préférence contre les autres créanciers. Or, si elle devait être subrogée au droit de préférence, elle n'a pas pu le perdre par le fait d'une aliénation qu'elle ne pouvait

pas empêcher. Elle doit donc aussi être subrogée au droit de suite, garantie et sanction du droit de préférence qu'elle conserve.

La solution que nous venons de donner ne serait plus applicable dans les rapports d'une caution personnelle et d'une caution réelle, c'est-à-dire d'un tiers qui, sans s'obliger personnellement, a hypothéqué son bien pour la dette d'autrui.

M. Troplong faisant prédominer dans la caution réelle le caractère de tiers détenteur, lui accorde conformément à son système, le droit à la subrogation pour le tout contre la caution personnelle.

Ce système ne nous paraît pas plus admissible que celui du même auteur précédemment réfuté.

Nous croyons préférable d'appliquer dans leurs rapports les mêmes règles que dans les rapports des fidéjusseurs. Sans doute l'engagement de la caution réelle n'est pas de même nature que celui de la caution personnelle. La première n'est tenue que sur l'immeuble hypothéqué, la seconde sur tous ses biens; mais elles n'en ont pas moins également l'une et l'autre garanti le paiement de la dette : pourquoi l'insolvabilité du débiteur retomberait-elle sur l'un plutôt que sur l'autre, puisqu'ils ont contracté la même garantie envers le créancier et qu'ils se trouvent *in pari causa*? Et ici on ne peut pas objecter au détenteur de l'immeuble qu'il a commis une faute en ne purgeant pas. Il a, comme le fidéjusseur, consenti à rendre service au débiteur; d'après le sens que nous avons donné au mot *tenu*, il est subrogé; il n'y a donc aucune raison de différence entre lui et la caution personnelle. Si l'immeuble hypothéqué a une valeur égale ou supérieure au montant de la dette, la dette se répartira par moitié; s'il est d'une

valeur inférieure, la répartition se fera proportionnellement. La proportion s'établira entre la caution personnelle considérée comme débitrice de toute la dette et la caution réelle considérée comme débitrice seulement d'une somme égale à la valeur de son immeuble.

IV — *Certificateur de caution.* — On peut lui appliquer ce qui a été dit de la caution.

V — Est également dans le cas de subrogation légale celui qui a reçu et accepté mandat de payer de ses deniers personnels pour le mandant. Mais il faut que le mandat accepté l'oblige à payer en l'acquit et au nom du mandant. Ce n'est que dans ce cas que l'on peut dire qu'il est tenu pour ou avec un autre. Quant à celui qui s'est porté fort pour un tiers, il n'est jamais, en cette seule qualité du moins, dans le cas de la subrogation légale : ou le tiers refuse de ratifier et le porte-fort demeure seul obligé, ou le tiers ratifie et c'est lui qui est seul obligé.

VI — La subrogation de plein droit existe au profit du *mandator pecuniæ credendæ* : il est garant du prêt qui a été fait sur son mandat.

VII — De même le codébiteur d'une obligation indivisible, sans distinguer entre les diverses espèces d'indivisibilité. Le codébiteur d'une obligation indivisible, même *solutione tantum*, est tenu envers le créancier de payer toute la dette. Cela suffit pour que son recours soit garanti par la subrogation légale.

Les débiteurs simplement conjoints d'une obligation divisible ne sauraient prétendre à la subrogation de l'art. 1251-3°, car la dette se divisant entre eux chacun est tenu pour soi et non pour les autres ni avec les autres. Il en serait autrement si l'un d'eux avait soumis ses biens à une hypothèque ou à un gage pour la garantie de l'en-

semble des dettes sans s'engager lui-même personnellement.

VIII — Le délégué qui a accepté la délégation est tenu dès ce moment-là envers le délégataire, avec ou pour le déléguant, pourvu que ce dernier n'ait pas été déchargé. Le déléguant est aussi tenu pour ou avec le délégué. Celui des deux qui aura payé le délégataire sera donc dans le cas d'être légalement subrogé à ses droits envers l'autre dont il aura payé la dette.

IX — Au nombre de ceux qui peuvent réclamer le bénéfice de la subrogation légale, comme étant tenus avec ou pour d'autres, se trouvent les cohéritiers ou successeurs à titre universel.

Remarquons cependant qu'en règle générale la subrogation de plein droit n'appartient pas au cohéritier qui paye la totalité d'une dette héréditaire, car les dettes de la succession se divisent de sorte que chacun d'eux n'est tenu que dans la proportion de sa part héréditaire.

Il n'y a pas de controverses possibles quand c'est après le partage que l'un des cohéritiers a payé en totalité une dette chirographaire de la succession; mais lorsque c'est avant le partage que l'un des cohéritiers a payé en totalité, M. Toullier (1) accorde à celui qui a fait le paiement la subrogation de plein droit, parce qu'ils sont tous tenus les uns avec les autres et ont en conséquence intérêt d'acquitter la dette.

Nous repoussons cette distinction. Que l'un des cohéritiers puisse avoir intérêt de payer au delà de sa part, on en convient; mais on ne peut pas dire qu'il soit tenu d'acquitter la part de ses cohéritiers. Les créanciers n'ont

(1) Toullier, t. VII, n° 151.

quant à cette part aucune action contre lui, et on n'est pas tenu de payer, par cela seul qu'on est exposé à quelques inconvénients si on ne paye pas, en d'autres termes par cela seul qu'on a intérêt à écarter les créanciers (1). Mais dans les cas où celui qui a payé au delà de ce qu'il devait pouvait être forcé à faire ce payement, il jouira de la subrogation légale.

C'est ce qui arrivera lorsqu'il aura payé une dette indivisible *solutione tantum*, une dette de corps certain, une dette du payement de laquelle il avait été seul chargé par le contrat; lorsque, par l'effet de l'hypothèque, il aura payé au delà de sa part contributoire dans la dette.

« Le cohéritier, dit l'art. 875 qui prévoit cette hypothèse, qui, par l'effet de l'hypothèque, aura payé au delà de sa part dans la dette, n'a de recours contre les autres héritiers que pour la part que chacun d'eux doit personnellement supporter, même dans le cas où il se serait fait subroger aux droits des créanciers. » On a voulu conclure de ces derniers mots que le cohéritier n'est pas subrogé de plein droit, car s'il l'était, quel besoin, a-t-on dit, y aurait-il de prévoir l'hypothèse d'une subrogation conventionnelle?

Tel n'est pas cependant le sens de l'art. 875. Il a été emprunté mot pour mot à Pothier qui voulait dire par ces mots « quand même il se serait fait subroger aux droits du créancier, » quand même il aurait requis la subrogation (laquelle n'existait pas alors *ipso jure*). Mais aujourd'hui, la subrogation légale existe de plein droit et a remplacé le droit de réquisition des actions. L'art. 875

(1) Larombière, t. III, art. 1251, n° 60 — Mourlon, p. 472.

est une reproduction maladroite de l'ancien système abandonné. Les mots « même au cas où il se serait fait subroger » doivent être remplacés par ceux-ci : Quoiqu'il soit de plein droit subrogé.

Mais par une dérogation aux règles générales de la subrogation l'héritier qui agit contre ses cohéritiers, même en vertu de la subrogation, ne peut recourir contre eux que pour la part dont chacun d'eux est tenu personnellement. Les rapports d'amitié et de bienveillance qui doivent exister entre cohéritiers et les dangers de recours répétés d'héritier à héritier justifient cette modification aux effets ordinaires de la subrogation et de l'hypothèque. En cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers, sa part dans la dette hypothécaire est répartie entre tous les autres au marc le franc. La subrogation aura cependant un avantage : elle aura pour résultat de garantir par une hypothèque le recours à exercer pour sa part et portion contre chacun des cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués.

L'art. 874 qui s'occupe du cas où un légataire particulier a payé une dette dont il était tenu hypothécairement ne soumet à aucune restriction la subrogation légale qu'il établit à son profit. Il pourra donc en vertu de cette subrogation, absolument comme le créancier originaire poursuivre pour le tout hypothécairement chaque cohéritier ou successeur universel.

D'où la question suivante : Si un des cohéritiers est en même temps légataire par préciput d'un immeuble hypothéqué à la dette, peut-il poursuivre hypothécairement pour le tout, déduction faite de sa part éteinte par confusion, ceux de ses cohéritiers qui sont détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette qu'il a payée?

Avec la majorité des auteurs (1), nous déciderons que la théorie de l'art. 875 est applicable même à cette hypothèse : le légataire par préciput n'aura d'action contre chacun de ses cohéritiers que pour leur part personnelle dans la dette et dans les portions des insolvables. Il ne lui est pas possible, en effet, de faire abstraction de sa qualité de cohéritier, et en cette qualité il est garant des évictions que peuvent subir ses cohéritiers : or, s'il lui était permis de demander à celui d'entre eux qui possède un immeuble affecté à la dette une somme plus forte que sa part contributoire, il lui ferait subir une éviction. Ce résultat serait contraire au principe que nul ne peut évincer celui auquel il doit garantie de l'éviction. *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

Notre décision serait la même dans le cas où le cohéritier était lui-même de son chef créancier hypothécaire du défunt.

Le cohéritier qui a payé toute la dette pourrait-il en vertu de la subrogation se retourner contre la caution que le *de cujus* avait fournie au créancier? Nous lui refusons ce droit même pour ce qui excède sa part personnelle dans la dette, car on ne peut, en ce qui concerne cet excédent, lui accorder une situation plus favorable que celle d'un tiers détenteur ordinaire et nous avons été d'avis que le détenteur, bien que subrogé, n'avait aucun droit de recours contre la caution. Au contraire, la caution après avoir payé la dette pourrait réclamer à chacun de ceux des héritiers qui ne sont tenus que

(1) Marcadé, sur l'art. 875 — Demolombe, *Traité des Successions*, t. V, n° 81. — Aubry et Rau, t. VI, § 637, note 7.

personnellement, leur part dans la dette et au détenteur du bien hypothéqué la totalité de la dette.

Si enfin le cohéritier, qui a payé la dette, se retournait contre un tiers non héritier qui détient un immeuble hypothéqué à la dette, quels droits la subrogation lui donnera-t-elle vis-à-vis de ce tiers détenteur?

Il est d'abord certain que l'héritier ne peut réclamer au tiers détenteur la portion de dette à laquelle il est, lui, obligé personnellement. Quant à l'excédent de la dette sur sa part personnelle, il pourra le réclamer dans la même mesure que pourrait le faire un tiers détenteur ordinaire. En conséquence, nous lui permettrons de contraindre le tiers à supporter dans cet excédent une part proportionnelle à la valeur de l'immeuble que celui-ci détient, comparée à celle de l'immeuble qui est dans ses mains et au montant de la dette. Réciproquement, le tiers détenteur pourra réclamer à l'héritier, après avoir payé la dette, la part dont celui-ci est tenu personnellement et une portion de l'excédent proportionnelle à la valeur de l'immeuble de l'héritier comparée à la valeur de celui qu'il détient et au montant de la dette.

Il se rencontre aussi dans le droit commercial des applications de la règle posée par l'art. 4251-3°.

Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur. Le donneur d'aval est également tenu solidairement et par les mêmes voies. La nature de leurs obligations solidaires est ici spéciale : ce n'est pas la solidarité commune, c'est une garantie solidaire. Aussi chaque endosseur ou donneur d'aval est-il subrogé aux droits du porteur, autrement qu'un codébiteur solidaire ordinaire. Celui-ci, en effet, n'a qu'un recours divisé contre chacun

de ses coobligés, tandis que ceux-là exercent leur recours en garantie à l'égard du tireur et des endosseurs qui les précèdent, ou individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs, ou collectivement contre les endosseurs et le tireur.

Il en est de même pour le porteur et les endosseurs d'un billet à ordre.

Celui qui paye une lettre de change ou un billet à ordre par intervention est subrogé aux droits du porteur. Cette subrogation est particulièrement remarquable, en ce que celui qui est subrogé légalement n'était nullement tenu du paiement de la dette, et en second lieu n'avait aucun intérêt pécuniaire à faire ce paiement. C'est pour donner plus de facilités et plus de garanties à la circulation des effets de commerce qu'on a voulu encourager les tiers étrangers à la dette à la payer, et qu'on leur accorde dans ce but la subrogation. Elle a été introduite par l'ordonnance de 1673.

Le commissionnaire qui paye de ses deniers les marchandises qu'il n'a été chargé d'acheter pour le compte de son commettant est subrogé de plein droit à tous les droits du vendeur. Qu'importe qu'en apparence il n'y ait qu'un débiteur, le commissionnaire étant seul obligé envers le vendeur et le commettant ne l'étant pas? Cela n'empêche pas que le commissionnaire qui s'est obligé pour le commettant soit tenu, lui, pour un autre.

§ 5. — *De l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.*

L'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire ne confond pas ses biens avec ceux de la succession. Il

conserve contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances, et n'est tenu des dettes de l'hérédité que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis. En éteignant de ses deniers une dette de la succession, ce n'est donc pas sa propre dette qu'il acquitte, et il a un recours contre la succession qui en est débitrice. En faisant ce paiement qu'il n'était pas obligé de faire, outre qu'il prévient des procédures fâcheuses pour la mémoire du défunt, il empêche la vente des biens en temps inopportun ; en diminuant le nombre des intéressés, il simplifie la liquidation, et évite les frais qui seraient résultés de la multiplicité des créanciers. Il est donc de toute justice qu'il ait droit pour assurer le remboursement de ce qu'il a déboursé, à la subrogation légale, aussi lui était-elle déjà accordée par l'ancien droit.

On comprend d'ailleurs sous ces mots « les dettes de la succession » les legs et les droits de mutation.

De ce que l'art. 1251-4° déclare subrogé de droit l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession, il n'en faut pas conclure qu'il soit subrogé, alors que la dette était simplement chirographaire, pour tout ce qu'il a payé au delà de la part de dette qui lui était afférente d'après sa vocation héréditaire. Par exemple une succession échoit par moitié à Primus et à Secundus : le premier se porte héritier bénéficiaire, le second héritier pur et simple. Dans la succession se trouve une dette de 400,000 fr. chirographaire et divisible. Primus dont la part dans cette dette n'est que de moitié, payé de ses deniers la totalité au créancier. Sera-t-il subrogé pour le tout ? Non évidemment, car s'il a payé au delà de sa part dans la dette, c'est qu'il l'a bien voulu : au delà donc de sa part, il n'a pas plus droit à la subrogation légale que tout étranger qui serait venu payer par intervention.

Il ne sera donc subrogé que pour la moitié qui formait sa part dans la dette, car pour cette moitié il pouvait être poursuivi comme détenteur des biens de la succession. Ce n'est qu'autant que la dette serait hypothécaire ou indivisible qu'il pourrait être subrogé pour le tout aux droits du créancier, parce que, dans ce cas, il aurait pu être contraint pour le tout sur les biens qu'il a recueillis comme héritier bénéficiaire.

A la différence de l'héritier pur et simple qui n'a qu'un recours divisé contre chacun de ses cohéritiers, lorsque par l'effet de l'hypothèque il a payé au delà de sa part, l'héritier bénéficiaire conserve, à cause de la non-confusion, la faculté de réclamer, comme tout autre créancier, le paiement de la créance à laquelle il est subrogé (875). D'où il suit qu'il pourra exercer un recours hypothécaire pour le tout contre ses cohéritiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette; d'où il suit encore qu'à l'égard des créanciers de la succession il peut exercer le privilège ou l'hypothèque de la créance comme le créancier qu'il a payé.

L'action hypothécaire pour le tout que nous reconnaissons à l'héritier bénéficiaire qui a payé une dette hypothécaire, ne peut d'ailleurs être exercé que déduction faite de sa part contributoire dans la dette ou du moins de son émolument dans l'actif.

S'il usait de la faculté que lui donne l'art. 802, de pouvoir se décharger du paiement des dettes de la succession, en abandonnant les biens aux créanciers et aux légataires, rien ne s'opposerait à ce qu'il poursuivît pour le tout son cohéritier détenteur d'immeubles hypothéqués à la dette.

La plupart de nos anciens auteurs étendaient au curateur

à la succession vacante le bénéfice de la subrogation légale accordé à l'héritier bénéficiaire. Le silence du Code s'oppose à ce qu'il en soit de même aujourd'hui et d'ailleurs cette opinion serait contraire au motif sur lequel cette subrogation est fondée, car à la différence de l'héritier bénéficiaire, qui est véritablement héritier et propriétaire des biens de la succession, le curateur à la succession vacante n'est qu'un administrateur pour le compte d'autrui.

CHAPITRE IV

Des effets de la subrogation.

Nous nous sommes, chemin faisant, trouvés dans la nécessité de parler de quelques-uns des principaux effets du paiement avec subrogation : il nous reste dans ce chapitre à compléter par quelques explications l'étude des droits que la subrogation transmet au subrogé et à analyser avec quelques détails la seconde partie de l'art. 1252.

I — Le principe est que la subrogation transmet au subrogé tous les droits qui appartenaient au subrogeant : c'est ce qui résulte de la généralité des termes de l'art. 1250, disant que la subrogation a lieu dans les droits, actions, privilèges ou hypothèques du créancier, et du fondement que nous avons assigné à la subrogation, à savoir que c'est la créance qui appartenait au subrogeant qui passe au subrogé.

Ce n'est donc pas seulement aux droits qui appartenaient au subrogeant contre le débiteur que le subrogé succède, mais encore aux droits qui lui appartenaient contre les tiers personnellement ou réellement obligés à la dette.

C'était autrefois une question très controversée que celle de savoir si la subrogation avait lieu contre les cautions. On disait que la caution ne s'était peut-être obligée qu'en

considération de la personne du créancier, et qu'elle avait en conséquence un grand intérêt à ne point voir lui substituer un créancier peut-être intraitable et inhumain. Le Parlement de Normandie, par un arrêt de règlement, avait décidé que la subrogation n'aurait pas lieu contre la caution. Renusson déplorait dans son traité les tendances d'une jurisprudence récente à étendre la subrogation contre les cautions (chap. XIII, n^{os} 20, 22, 44).

Le Code civil a cependant consacré cette jurisprudence, et avec raison. La caution s'est, en effet, obligée à payer la dette si le débiteur ne la paye pas lui-même, et son engagement devient une partie intégrante de la dette. Le changement dans la personne du créancier ne peut donc pas avoir pour résultat de l'anéantir, soit que ce changement provienne du fait du créancier, soit qu'il provienne du fait du débiteur. La caution devait savoir que la créance qu'elle cautionne, étant dans le commerce, pouvait être cédée et transportée à un autre. C'était à elle en s'engageant à stipuler telles ou telles conditions à sa convenance.

Nous avons établi dans le chapitre précédent que la subrogation produisait également son effet contre les tiers détenteurs.

La subrogation produit encore son effet contre ceux qui se trouvent soumis envers le créancier à une action en garantie ou en indemnité à raison de sa créance. Cette action passerait au subrogé et serait comprise de droit dans la transmission qu'opère toute subrogation légale ou conventionnelle.

Le subrogé succède également à l'action en résolution qui appartenait au vendeur contre l'acquéreur pour défaut de paiement du prix. On l'a cependant contesté, mais on ne remarque pas lorsqu'on soutient le contraire que ce

droit n'est pas un droit distinct de la créance, existant indépendamment d'elle. Ce n'est qu'un droit sanctionnateur de la créance du prix, dont il n'est qu'une garantie, un accessoire qui naît avec elle, dure tant qu'elle dure, se transmet avec elle et s'éteint par les mêmes causes d'extinction; en un mot on ne peut pas le concevoir abstraction faite de la créance. Si le droit de résolution est une garantie, un moyen de coercition, pourquoi le refuser au subrogé? Y a-t-il quelque texte qui dise que le droit de résolution sera éteint par le paiement du prix de vente, quoique la subrogation qui l'accompagne fasse survivre la créance? Mais au contraire l'art. 1250-1^o ne dit-il pas que la subrogation a lieu dans tous les droits du créancier? Ce serait donc établir une distinction arbitraire que de refuser au subrogé le droit de résolution (1).

Le subrogé profite de la solidarité, de l'indivisibilité, du domicile élu, de l'indication d'un lieu où le paiement doit être effectué, de la compétence du tribunal, etc... Il peut procéder par voie d'exécution parée, poursuivre même l'expropriation du débiteur avant que la signification du transport lui ait été faite. Si en effet il est saisi indépendamment de toute notification, l'art. 2214 lui est inapplicable.

Il peut se prévaloir des hypothèques en profitant des inscriptions prises par le subrogeant; il peut les renouveler et la prudence lui conseille de le faire dans la crainte d'une mainlevée frauduleuse.

Il n'est nullement nécessaire qu'il fasse inscrire la subrogation, car le titre qui donne le droit de prendre ou

(1) Grenoble, 5 janvier 1826 — Bourges, 19 juin 1838 — Paris, 30 juin 1853 — Grenoble, 13 mars 1858 — Alger, 15 juillet 1875 — Moulon, p. 37 — Larombière, t. III, art. 1251, n^o 13.

de renouveler l'inscription est le titre constitutif de l'hypothèque, le titre du premier créancier. Il résulte de là qu'il est indifférent que le titre de la subrogation soit authentique ou privé, pour que le subrogé puisse renouveler les inscriptions.

Cette règle que la subrogation transmet au subrogé tous les droits qui appartenaient au subrogeant n'est pas absolue. La loi ou la convention peuvent y apporter des exceptions. Nous avons étudié les modifications que la loi a apportées à notre règle. Il est incontestable que la convention des parties peut également y déroger. La subrogation vient-elle du créancier, il peut modifier d'une manière quelconque la subrogation qu'il veut bien consentir. Maître de la refuser, il est, *à fortiori*, maître de ne l'accorder que sous les restrictions qu'il lui plaît d'y apporter. La subrogation vient-elle du débiteur, le débiteur qui la consent par voie d'emprunt, peut stipuler des modifications et des restrictions dans l'acte de prêt, par exemple restreindre en faveur de son crédit les hypothèques qui grèvent ses immeubles. S'agit-il de subrogation légale, ici au contraire le créancier n'est plus maître de ses conditions. C'est la loi qui concède la subrogation d'office et d'autorité. Inutilement donc le créancier prétendrait dans l'intérêt du débiteur ou des autres créanciers restreindre les effets naturels de la subrogation légale. Comme le tiers, dit M. Larombière, peut le contraindre à recevoir paiement et qu'il n'a pas besoin de son consentement pour être subrogé, il peut toujours payer et prendre pour ainsi dire la subrogation de force. Mais, bien entendu, on devrait respecter les conventions volontairement faites au moment du paiement, qui restreindraient les effets de la subrogation légale.

II — La deuxième partie de l'art. 1252 a trait aux effets de la subrogation par rapport au créancier ; elle mérite d'être étudiée avec quelques développements.

« La subrogation, dit le texte, ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas il peut exercer ses droits pour ce qu'il lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. » C'est la consécration de l'ancienne maxime : *Nemo censetur subrogasse contra se*. Ainsi le créancier a reçu 6,000 fr. sur une somme de 10,000 fr. qui lui était due, et le débiteur est insolvable ; mais la créance est garantie hypothécairement par un immeuble valant 6,000 fr. D'après l'art. 1252, le subrogeant doit être colloqué par préférence au subrogé pour les 4,000 fr. qui lui restent dus, et le subrogé ne peut être colloqué que sur l'excédent. Cette décision existait déjà à l'époque de Dumoulin. Renusson et Pothier l'ont reproduite (1).

Cette disposition de l'art. 1252 doit-elle être approuvée ?

Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour l'affirmative. Cette règle en effet est la conséquence logique et inévitable du principe que la subrogation ne change pas à l'égard du créancier la nature de l'opération. Le paiement avec subrogation n'en est pas moins un paiement à son égard, un paiement qui éteint absolument la dette en ce qui le concerne, et qui doit le mettre, par conséquent, au même état que s'il lui avait été fait sans subrogation ; or, en pareil cas, la partie de la dette qui lui a été payée serait éteinte, et l'hypothèque continuerait à garantir le reste de sa créance.

(1) Dumoulin, *de Usuris*, quæst. 89 — Renusson, chap. xv — Pothier, *Cout. d'Orléans*, art. 476.

D'éminents auteurs (Duranton, Larombière, Marcadé, Aubry et Rau) (1), ont cependant vivement critiqué la décision de l'art. 1252. « Quelque respectable qu'elle puisse être, dit M. Larombière, comme antique décision, elle nous paraît injuste et irréfléchie. » Marcadé écrit que « l'art. 1252 accorde au subrogeant un avantage monstrueux. » La loi, dit-on, a dépassé le but qu'elle devait se proposer. Que voulait-elle, en effet? Empêcher que le paiement avec subrogation pût devenir nuisible au créancier; or, pour arriver à ce résultat, il suffisait de mettre sur le pied de l'égalité le créancier primitif et le subrogé. Si le subrogeant et le subrogé étaient colloqués proportionnellement sur les fonds qui devaient servir à acquitter la créance primitive, le subrogeant, loin d'éprouver une perte par suite de la subrogation, y trouverait au contraire et nécessairement une cause de bénéfice.

On a présenté l'espèce suivante : un créancier hypothécaire de 10,000 fr. a reçu sous charge de subrogation une somme de 5,000 fr. Le débiteur est exproprié et le résultat de cette expropriation fournit 5,000 fr. Il eût été plus équitable, disent MM. Aubry et Rau, de partager entre le subrogeant et le subrogé, au prorata de leurs créances respectives, ce qui, dans l'espèce, donnerait à chacun 2,500 fr. La subrogation ne causerait ainsi aucun préjudice au créancier originaire qui, recevant 5,000 fr. du subrogé et 2,500 fr. de sa collocation, toucherait en tout 7,500 fr., tandis que s'il n'avait pas reçu le paiement partiel de la subrogation, il n'aurait eu que 5,000 fr.

(1) Duranton, t. XII, n° 186 — Aubry et Rau, t. IV., p. 189 — Marcadé, sur l'art. 1252 — Larombière, t. III, art. 1252, n° 25.

Mais le point de départ de cette argumentation nous paraît erroné. Il ne s'agit pas d'empêcher que le paiement partiel nuise au subrogeant; il faut aller plus loin et dire que la subrogation elle-même ne doit pas lui préjudicier; il ne faut pas, comme le dit M. Colmet de Santerre, comparer la situation que ferait au créancier un concours avec son subrogé à celle qu'il aurait s'il n'avait pas reçu de paiement partiel, mais bien comparer la situation qu'aurait le créancier, s'il concourt avec son subrogé à celle qu'il aurait s'il avait reçu un paiement partiel sans subrogation.

Or, il est certain qu'en pareil cas, le subrogeant ne concourrait pas avec le débiteur qui l'aurait payé (1).

Ce n'est d'ailleurs que relativement à la créance qui fait l'objet du paiement avec subrogation que le droit de préférence existe pour le subrogeant contre le subrogé. Il ne pourrait pas être invoqué relativement à une autre créance que le subrogeant aurait à un autre titre. Par exemple Primus a sur l'immeuble A deux hypothèques, l'une inscrite au premier rang en 1880 pour une créance de 40,000 fr., l'autre inscrite au troisième rang en 1882 pour une créance de 5,000 fr. Secundus lui a payé avec subrogation la moitié de la créance du premier rang. L'immeuble étant vendu, la créance du premier rang est colloquée pour 40,000 fr.; le subrogeant Primus ne pourrait évidemment pas réclamer la collocation entière, savoir 5,000 fr. pour ce qui lui reste dû de sa créance du premier rang et 5,000 fr. pour celle du troisième rang. En effet, le subrogeant et le subrogé sont vis-à-vis l'un de l'autre,

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 197 *bis*, XIV — Demolombe, t. XXVII, n° 663.

par rapport aux créances différentes, dans la situation des créanciers ordinaires et étrangers entre eux.

Il en serait de même si Secundus, au lieu d'avoir payé à Primus seulement une partie de la créance du premier rang, lui avait payé toute cette créance. Secundus, en vertu de la subrogation, emporterait toute la collocation.

L'art. 1252 doit-il s'appliquer également dans le cas où la créance payée en partie est une créance chirographaire? Le créancier pourra-t-il, en pareille hypothèse, prétendre qu'il doit être payé de ce qui lui reste dû, par préférence au subrogé?

Il ne nous semble pas douteux que la prétention du créancier doive être rejetée.

D'abord il paraît résulter de l'art. 1252 et du mot « préférence » qu'il emploie, qu'il a en vue le cas où le subrogeant et le subrogé sont en présence dans une collocation de créanciers hypothécaires ou privilégiés. Au reste, le subrogé, en payant la dette d'un autre, est devenu à son tour le créancier du débiteur qu'il a libéré par ce paiement, son créancier pour cause de prêt, de solidarité, de cautionnement, de mandat, de gestion d'affaires. Or, d'après l'art. 2092 les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes de préférence. Il est vrai que la production du subrogé à la contribution va diminuer le dividende de chaque créancier et par suite du subrogeant; mais il n'y a pas violation de la règle que la subrogation ne doit pas nuire au subrogé, car cette réduction n'est pas une conséquence de la subrogation; le tiers, en effet, eût-il payé sans subrogation, n'en aurait pas moins eu le droit, pour le recouvrement de son

avance, de produire comme créancier chirographaire dans la contribution (1).

Si la dette qui a été payée en partie était chirographaire, mais garantie par un cautionnement, le créancier pourrait-il invoquer le droit de préférence de l'art. 1252?

M. Duranton refuse au tiers qui a fait le paiement partiel le droit de concourir avec le subrogeant sur les biens de la caution (t. XII, n° 186).

Cette opinion nous paraît contraire, dit M. Larombière, au principe que le tiers qui paye, autant en l'acquit de la caution que du principal obligé, a un recours pour gestion d'affaires contre la caution elle-même. N'est-il pas évident, en effet, que la subrogation exprimée dans la quittance ne valût-elle pas comme subrogation, aurait toujours pour effet de montrer que le paiement a été fait à la décharge de la caution et du débiteur principal? Et que serait-ce si c'est à la caution elle-même que le tiers subrogé a fait un prêt pour payer une partie de la dette au créancier? Comment se pourrait-il que le prêteur n'eût pas, même envers le créancier qui n'a reçu qu'un paiement partiel, le droit de se faire payer en vertu de son action directe et personnelle, comme tous les autres créanciers, sur les biens de son débiteur (2)?

Notons qu'il est d'évidence que la règle de l'art. 1252 peut subir des dérogations, en vertu de la convention des parties. Cette convention est même usuelle dans la pra-

(1) Duranton, t. XII, n° 186 — Marcadé, art. 1252, n° 2 — Moulon, p. 19 — Aubry et Rau, t. IV, p. 192 — Gauthier, n° 65 — Larombière, t. III, art. 1252, n° 26 — Santerre, t. V, n° 197 *bis*, XVII — Demolombe, t. XXVII, n° 669.

(2) Cass., 1^{er} août 1860; Dev., 1861, I, 366 — Cass., 26 décembre 1871; Dev., 72, I, 49-56 — Larombière, t. III, art. 1252, n° 27 — Demolombe, t. XXVII, n° 670.

tique, et le subrogeant, presque toujours, renonce à son droit de préférence pour se mettre avec le subrogé sur un pied d'égalité, ou même pour lui accorder l'antériorité sur lui-même.

Il nous reste à nous demander quel est le caractère du droit de préférence qui appartient au subrogeant contre le subrogé. Est-il personnel ou est-il transmissible?

On n'a jamais mis sérieusement en doute la transmissibilité de notre droit de préférence par voie de cession, et il est bien difficile en effet de justifier une pareille restriction aux droits du créancier. Mais la question est vivement controversée quand il s'agit de la transmissibilité de ce même droit au moyen d'une seconde subrogation.

Primus, créancier hypothécaire de Secundus pour 40,000 fr., a reçu de Tertius un premier paiement partiel de 5,000 fr., et le subroge à ses droits; plus tard, Primus reçoit de Paul le paiement des 5,000 fr. qui lui restent dus, en consentant à celui-ci une seconde subrogation; Paul pourra-t-il prétendre exercer à l'encontre de Secundus le droit de préférence qui appartenait au créancier?

La majorité des auteurs repoussent la prétention du second subrogé et décident que les deux subrogés doivent venir en concours sans qu'il y ait à tenir compte des dates des subrogations.

On invoque d'abord l'autorité de l'ancien droit, car sauf Bretonnier, nos anciens auteurs étaient unanimes pour reconnaître que le droit de préférence du créancier contre un premier subrogé ne pouvait pas être transmis à un second subrogé. Renusson et Pothier (1) sont formels sur ce point.

(1) Renusson, chap. xvi — Pothier, *Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n° 87.

D'ailleurs, dit-on, cette solution est la conséquence logique du principe sur lequel la subrogation est fondée. Pourquoi, dit M. Demolombe, le créancier qui n'a été payé qu'en partie, a-t-il ce droit de préférence contre le subrogé? Parce que la partie de la créance qui a été payée est éteinte, tandis que la partie de la créance qui n'a pas été payée subsiste encore dans ses mains. Mais vienne un second paiement qui éteigne cette seconde partie de la dette, il n'en restera plus rien; la cause efficiente du droit de préférence a disparu et avec elle nécessairement aussi le droit de préférence lui-même.

Enfin, dit-on, l'opinion contraire présenterait des dangers. Si la dernière subrogation, disait Renusson, était préférable à la première, rarement un débiteur pourrait-il commencer à recevoir son paiement (1).

Néanmoins, avec MM. Mourlon et Colmet de Santerre, nous déciderons que la préférence accordée au subrogeant devrait passer à celui qu'il subrogerait dans la partie de la créance d'abord conservée par lui; en sorte que, de deux subrogés pour partie, le plus récent primera le plus ancien (2).

Remarquons d'abord que le premier subrogé ne saurait se plaindre de la transmissibilité de ce droit de préférence, puisqu'il reste dans la situation même qu'il a volontairement acceptée. Il a consenti à ce que le créancier soit payé avant lui de ce qui reste dû de la créance; que lui importe que ce soit le créancier lui-même ou un tiers qui le prime?

(1) Paris, 13 mai 1815 — Sirey, 16, II, 338 — Dijon, 10 juillet 1848; Dev., 48, II, 609 — Toullier, t. IV, p. 375 — Duranton, t. XII, nos 188-189 — Troplong, *des Hypoth.*, t. I, n° 379 — Marcadé, art. 1252 — Gauthier, n° 68 — Aubry et Rau, t. IV, p. 192 — Larombière, t. III, art. 1252, n° 36 — Demolombe, t. XXVII, n° 667.

(2) Mourlon, pp. 38 et suiv. — Santerre, t. V, n° 197 bis, XV.

La subrogation transmet, nous l'avons dit, au subrogé tous les droits qui appartenaienent au subrogeant, tous ceux de ses droits qui ont pour but d'assurer plus efficacement le recouvrement de sa créance. Or, le créancier a un droit de préférence contre le premier subrogé qui ne lui a fait qu'un paiement partiel, donc il peut, en recevant un second paiement partiel, transmettre à un second subrogé ce droit de préférence.

Quant à prétendre que la cause du droit de préférence disparaît par le fait du second paiement, rien n'est moins exact, si on considère que, si à l'égard du créancier la dette est entièrement éteinte, il n'en est pas de même à l'égard du second subrogé. Les principes de la subrogation veulent qu'en ce qui le concerne, on regarde la seconde partie de la dette comme subsistante et la première comme entièrement éteinte.

L'opinion précédente serait d'ailleurs contraire au principe que la subrogation ne doit pas nuire au subrogeant. Le premier paiement reçu avec subrogation lui nuirait, en effet, puisque, ne pouvant plus subroger au premier rang pour ce qui lui reste dû, il arriverait très difficilement à obtenir le paiement de la seconde partie de sa créance.

Une question délicate se rattache à notre matière et servira de conclusion à notre travail.

Toute personne tenue avec ou pour une autre est-elle déchargée de son obligation quand, par le fait du créancier, la subrogation aux droits de celui-ci ne peut plus s'opérer?

L'art. 2037 accorde expressément ce droit à la caution. Mais, et c'est là le point que nous avons à examiner, ce bénéfice résulte-t-il du droit même de la caution à la subrogation ou a-t-il un fondement indépendant de la subrogation?

La grande majorité des auteurs estime avec raison que l'art. 2037 est un texte spécial à la caution, introduisant en sa faveur un bénéfice particulier et absolument distinct de la subrogation, et l'opinion contraire n'est soutenue que par quelques dissidents, tels que MM. Toullier, Dalloz et Ponsol (*Traité du Cautionnement*, n° 329), qui enseignent que depuis le Code le droit de l'art. 2037 est devenu un corollaire du bénéfice de subrogation. La conséquence d'une pareille opinion est de permettre de se prévaloir du bénéfice de l'art. 2037 à tous ceux qui ont droit, en payant le créancier, à la subrogation et spécialement aux tiers détenteurs et aux codébiteurs solidaires.

Dans l'ancien droit on avait accordé, il est vrai, aux tiers détenteurs et aux codébiteurs solidaires, le droit de repousser le créancier lorsque, par un fait positif, il s'était mis dans l'impossibilité de céder ses actions. Pothier donne pour unique fondement de ce droit « que le créancier s'est mis hors d'état de leur céder l'action hypothécaire qui résultait de cette hypothèque qu'il a laissée perdre et sur laquelle action ils comptaient pour la sûreté du recours qu'ils avaient à exercer en payant le tout (1). » Il semble résulter de cette phrase que pour Pothier le seul droit d'exiger la cession des actions suffit pour faire naître à l'encontre du créancier l'obligation de conserver ses actions.

L'autorité de Pothier ne peut cependant prévaloir contre les principes; or faire découler du bénéfice même de la subrogation une obligation pour le créancier, autre que celle de céder ses actions telles quelles, c'est violer le principe que la subrogation ne doit pas nuire au créancier.

(1) Pothier, *Traité des Obligations*, n° 354.

Aussi M. Troplong a reproché avec raison « l'incohérence de sa doctrine (1) » sur ce point à Pothier qui, en faisant découler de l'obligation de subroger le devoir pour le créancier de conserver ses actions, c'est se mettre en contradiction avec le fondement qu'il nous présente de la cession forcée des actions. « Étant obligés, dit-il, d'aimer les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt d'avoir, quand nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en coûte rien » (*Obligations*, n° 556).

En termes généraux, nous refusons donc de voir dans l'art. 2037 un effet, une conséquence du droit à la subrogation légale, et nous repoussons absolument l'extension du bénéfice de cet article à tous autres qu'aux cautions, et spécialement aux débiteurs solidaires et aux tiers détenteurs.

Quant aux débiteurs solidaires, cette extension se trouve repoussée par la nature différente de l'engagement de la caution et de celui des débiteurs solidaires.

La caution ne s'engage pas pour elle-même et dans un intérêt personnel : elle s'engage pour rendre service à autrui ; on peut et on doit donc présumer qu'elle n'a entendu entrer dans l'obligation qu'en considération des sûretés autres que son engagement que le débiteur a pu fournir,

(1) Si M. Troplong ne considère pas l'art. 2037 comme l'effet du bénéfice de subrogation légale, en revanche il a sur ce point une théorie tout aussi fautive, à notre avis. Il considère que l'exception *cedendarum actionum* que l'art. 2037 confère à la caution est un effet naturel et nécessaire du bénéfice de discussion, et partant de cette idée, il étend le bénéfice de l'art. 2037 aux tiers détenteurs et le refuse aux cautions qui ne jouissent pas du bénéfice de discussion. Ce serait sortir des bornes de notre travail que de combattre cette opinion dont la réfutation exigerait de longs développements ; nous avons cru devoir nous borner à en faire le sujet d'une de nos positions de droit civil.

afin de pouvoir, au moyen de la subrogation aux droits du créancier, recouvrer ses avances pour le compte du débiteur principal. Au contraire, le codébiteur solidaire s'engage pour lui-même et dans son propre intérêt. Si indépendamment de la solidarité le créancier a obtenu de l'un des codébiteurs des sûretés particulières, cette circonstance n'est pas de nature à faire présumer que c'est en vue de ces sûretés que les autres codébiteurs ont consenti à la solidarité. On s'explique donc qu'ayant pensé assez faire pour tous ceux qui se trouvaient dans le cas du n° 3 de l'art. 1251 en leur permettant d'obtenir, en payant la dette, les actions du créancier, telles qu'il les possède au moment du paiement, la loi ait cru devoir faire plus pour la caution et la protéger d'une façon plus énergique en ajoutant au bénéfice de la subrogation légale un bénéfice indépendant tout spécial et dû à la faveur dont jouit à ses yeux le contrat de cautionnement. D'ailleurs le rapprochement des art. 2029 et 2037 indique que les rédacteurs du Code n'ont pas considéré la subrogation légale comme emportant par elle-même l'obligation pour le créancier de conserver ses sûretés (1).

Dans le cas où l'affaire n'intéresse qu'un des débiteurs solidaires, la question est plus délicate, et cependant nous déciderons encore que les codébiteurs non intéressés n'ont pas l'exception *cedendarum actionum* : si vis-à-vis du débiteur intéressé ils ne sont que des cautions, ils n'en sont pas moins à l'égard du créancier des débiteurs principaux. D'ailleurs l'art. 2037 ne parle que des cautions et nous devons l'interpréter *stricto sensu*.

Le même principe doit nous guider dans l'examen de

(1) En ce sens : Gauthier, n° 506 — Larombière, t. II, art. 1208 — Cass., 13 janvier 1852 — Sirey, 52, I, 427 — Cass., 3 avril 1861 — Sirey, 61, I, 586.

la question de savoir si l'exception *cedendarum actionum* appartient au tiers détenteur.

La loi, venons-nous de dire, en édictant l'art. 2037, a édicté une disposition exceptionnelle qui se justifie par des motifs particuliers qui n'existent pas en faveur du tiers détenteur. La caution, en effet, a contracté elle-même avec le créancier, comptant sur les sûretés particulières qu'il avait stipulées, pour exercer efficacement son recours : on comprend donc que la loi ait subordonné l'action du créancier à la conservation des sûretés en vue desquelles la caution s'était engagée, mais, au contraire, le tiers détenteur n'a pas contracté avec le créancier et celui-ci n'a aucune obligation à son égard. De plus la caution n'a aucun moyen d'empêcher le débiteur d'aliéner les immeubles hypothéqués et de se garantir contre le préjudice qui pourrait résulter pour elle de l'insolvabilité du débiteur; tandis que le détenteur peut, en purgeant, se mettre à l'abri de toute perte, et s'il paye il commet une imprudence dont il doit supporter les conséquences (En ce sens : Cass., 22 déc. 1846 — Sirey, 47, I, 87 — Cass., 18 déc. 1854 — Sirey, 55, I, 247 — Mourlon, p. 528 — Gauthier, nos 513 et suiv.).

Que décider à l'égard de la caution réelle? La caution réelle n'est pas dans la même situation qu'un détenteur ordinaire : comme lui, elle n'est tenue que *propter rem*, il est vrai, mais de plus elle a contracté elle-même vis-à-vis du créancier et n'a pas le droit de se libérer de son obligation au moyen de la purge. D'autre part elle a le droit de compter que, dans le cas où elle payera, elle pourra recourir contre les cautions. Chez elle le caractère de caution domine et l'emporte sur celui de tiers détenteur; nous lui appliquons donc l'art. 2037 qui dans son sens naturel et juridique, comprend toutes espèces de cautions (Mourlon, p. 514).

APPENDICE

Nous avons montré les différences qui séparent la subrogation de la cession ordinaire ; il convient également de montrer en quelques mots en quoi la subrogation diffère de deux autres opérations qu'il faut bien se garder de confondre avec elles, la novation et la délégation.

Elle diffère de la novation opérée par changement de créancier dans la manière dont se font les deux opérations et dans les résultats. Dans la manière dont elles se font, en ce sens que la subrogation peut exister sans le consentement du débiteur, lequel se trouve obligé envers le subrogé comme il l'était envers le subrogeant, au lieu que le débiteur n'est engagé envers le nouveau créancier qu'autant qu'il l'a accepté au lieu et place de l'ancien vis-à-vis de qui il est libéré.

Dans les résultats, en ce que la subrogation confère au nouveau créancier les mêmes droits, actions, privilèges, hypothèques et cautionnements qu'avait le subrogeant, tandis que la novation a pour effet d'éteindre tous ces droits en leur substituant une autre obligation et une autre action.

Quant à la novation par changement de débiteur, elle diffère de la subrogation, non pas en ce que le consente-

ment du débiteur actuel soit plus nécessaire pour la novation que pour la subrogation. Il est, en effet, permis d'acquitter la dette d'un autre sans son concours et même malgré lui. Or, que fait le nouveau débiteur qui s'oblige au lieu et place de l'ancien? Il acquitte la dette dont celui-ci était tenu. Mais il y a cette différence, que le débiteur actuel est libéré de sa dette d'une manière absolue au cas de novation, tandis que, dans le cas de subrogation, il n'est libéré qu'envers son créancier, mais non pas de sa dette laquelle, dans les rapports du subrogé et du débiteur, est réputée subsister réellement avec tous ses accessoires, nonobstant le paiement qui a eu lieu.

La subrogation ne doit pas non plus être confondue avec la délégation opérant ou non novation.

La délégation opère-t-elle novation, elle exige pour sa perfection le concours de trois volontés : celles du délégant, du délégué et du délégataire, tandis que la subrogation ne suppose jamais que le concours de deux volontés au plus.

En second lieu, dans la délégation, l'action du créancier contre le débiteur est éteinte, au lieu que, dans le cas de subrogation, cette action subsiste toujours; elle a seulement changé de mains.

La délégation n'opère-t-elle pas novation, elle exige encore le concours de trois consentements, mais la créance n'est pas plus éteinte que dans le cas de subrogation; seulement le créancier a un débiteur de plus, le délégué.



ADDITION AU § 2 DU CHAPITRE III

Notre travail était déjà terminé et livré à l'impression quand il nous a semblé que nous n'avions pas attribué les développements qu'elle méritait à une question qui a fait l'objet de savantes études publiées dans les *Revue*s de jurisprudence (1); nous voulons parler de la question de savoir si l'acquéreur d'un immeuble, qui emprunte à l'effet de payer les créanciers auxquels cet héritage est hypothéqué, peut subroger son prêteur aux droits des créanciers hypothécaires. Aussi avons-nous voulu réparer une lacune qui eût pu sembler fâcheuse.

L'origine de la difficulté remonte, avons-nous dit, à Renusson, et la controverse a continué dans la doctrine moderne. Deux arrêts rendus en 1861 par la Cour de Nîmes et en 1863 par la Cour de cassation, ont donné un nouvel intérêt à cette question.

Prenons une espèce : Paul ayant hypothéqué son fonds à Primus et à Secundus, au premier pour 100,000 fr., au second pour 50,000 fr.; le vend à Pierre pour 100,000 fr. qu'il le charge de payer à Primus. Pierre emprunte cette somme à Jacques en remplissant toutes les conditions nécessaires pour le subroger dans les droits de Primus. La subrogation ainsi consentie est-elle valable ?

(1) De Caqueray, *Revue prat.*, 1858, t. VI — Barilliet, *Revue prat.*, 1862, p. 20-113 — Dutruc, en note de l'arrêt de Nîmes — Dev., 1862, p. 433, note 1 — Gauthier, en note du même arrêt — *Journal du Palais*, 1863, p. 82 — Labbé, en note de l'arrêt de cassation — *Journal du Palais*, 1864, p. 579 — Beauregard, *Revue critique*, 1876, t. V.

Un premier système défendu par MM. Dutruc et Gauthier enseigne que le tiers acquéreur peut bien subroger aux droits du vendeur, mais ne saurait le faire aux droits des créanciers hypothécaires. L'acquéreur peut évidemment subroger aux droits du vendeur, car il ne faut pas perdre de vue, dit-on, que le vrai créancier de l'acquéreur c'est le vendeur, de même que sa vraie dette c'est son prix de vente; il est vrai qu'il a effectué le paiement entre les mains de Primus, créancier hypothécaire, mais celui-ci l'a reçu comme mandataire du vendeur. Il en résulte que l'acquéreur ayant payé en réalité le vendeur, son créancier personnel, a pu, conformément à l'art. 1250-2^o subroger le prêteur aux droits de son vendeur.

Mais il ne saurait le subroger aux droits des créanciers hypothécaires, car pour pouvoir subroger aux droits d'une personne qu'on paye, il faut, d'après l'art. 1250-2^o, être le débiteur de cette personne; or, l'existence de l'action hypothécaire ne saurait autoriser à considérer l'acquéreur comme le débiteur de Primus.

D'ailleurs, dit M. Gauthier, en prétendant subroger le prêteur aux droits du créancier hypothécaire, l'acquéreur violerait la loi de son contrat, car il s'est engagé, lorsqu'il payerait le premier créancier, à libérer par son paiement le vendeur à l'égard de ce créancier, et s'il pouvait subroger le prêteur dans les droits du créancier de son vendeur, il ne lui procurerait pas sa libération et ne serait pas en conséquence libéré de sa dette du prix. Il est vrai qu'en payant Primus il sera subrogé lui-même à ses droits, mais cette subrogation ne lui donnera le droit de recourir contre son vendeur que s'il est évincé par le second créancier hypothécaire ou si la vente est résolue, au lieu qu'entre les mains du prêteur la subrogation produirait de suite son effet, en sorte que le prêteur pourrait actionner de suite le vendeur, comme le créancier Primus. On ne peut donc pas dire que le subrogé s'est libéré de sa dette du prix.

M. Barillet ne pense pas qu'il soit exact de dire que le créancier hypothécaire du vendeur ne peut être à l'égard de

l'acquéreur le créancier dont parle l'art. 1250-2°, mais il invoque un nouvel argument.

Que se passe-t-il quand un débiteur paye son créancier en subrogeant son prêteur dans les droits de ce créancier? Il s'opère une transmission de la créance payée et de ses accessoires, lesquels passent du créancier payé au prêteur subrogé. Or, puisque cette transmission s'opère par l'intermédiaire du débiteur, il faut reconnaître qu'après le paiement, la créance et ses accessoires sont venus pendant un instant de raison se placer sur la tête du débiteur. A ce moment, cette créance a dû s'éteindre par l'effet de la compensation, l'acquéreur se trouvant investi de la créance qu'il vient de payer, contre son vendeur, et étant d'autre part tenu envers lui de la dette du prix. Il faudrait donc, pour admettre la possibilité d'une subrogation du prêteur à la créance de Primus, supposer que le vendeur ait donné un mandat tacite à l'effet d'autoriser le tiers acquéreur à renoncer aux effets d'une compensation à laquelle il a tant d'intérêt, puisqu'elle a pour effet de le libérer vis-à-vis de Primus. Une pareille supposition n'est pas admissible. Dès lors, M. Barillet n'autorise la subrogation aux droits de Primus que 1° quand l'acquéreur n'est pas tenu, au moment où il paye celui-ci des deniers empruntés, de libérer son vendeur envers lui, c'est-à-dire quand il doit son prix à terme et qu'il paye Primus avant l'échéance; 2° quand la compensation ne peut s'effectuer d'après les règles du droit commun, c'est-à-dire quand la créance payée avec les fonds empruntés n'est pas actuellement exigible.

M. Labbé ne croit pas qu'il doive résulter de l'obligation où est l'acquéreur de libérer son vendeur en payant son prix, une impossibilité de subroger le prêteur aux droits du créancier hypothécaire, mais il ne voit pas dans l'acquéreur, tenu seulement *propter rem*, un débiteur du créancier hypothécaire, aux termes de l'art. 1250-2°. En principe, il ne lui permet donc de subroger qu'aux droits du vendeur, mais si par exception, l'acquéreur se trouve obligé personnellement envers le

créancier hypothécaire, il lui permet de subroger à son choix ou aux droits du vendeur, ou aux droits des créanciers hypothécaires. C'est ce qui aura lieu, par exemple, quand le vendeur aura délégué le prix aux créanciers qui ont accepté la délégation, ou quand l'acheteur, en vertu d'une vente volontaire, a fait offre de son prix, aux créanciers inscrits, par des notifications non suivies de surenchères.

Nous repoussons toutes ces distinctions et permettons à l'acquéreur, dans tous les cas, de subroger le prêteur dans les droits des créanciers hypothécaires.

MM. Demolombe, Aubry et Rau (1) enseignent cette opinion, mais nous ne nous rallierons pas à l'argumentation qui les mène à ce résultat.

Suivant les illustres auteurs, l'acquéreur, quand il paye le prix de son acquisition aux premiers inscrits, est subrogé légalement dans les droits de ces créanciers; or, c'est le bénéfice de cette subrogation qu'il peut, conformément à l'art. 1250-2º, transmettre par la subrogation conventionnelle au prêteur qui lui fournit les fonds à l'effet de payer les créanciers.

Nous ne croyons pas devoir accepter cette argumentation, parce qu'elle nous paraît en contradiction avec les termes de l'art. 1250-2º. Cet article, en effet, permet au débiteur de subroger le prêteur non pas aux droits qu'il peut, lui débiteur, acquérir par le paiement, mais au contraire aux droits que possède tant contre lui que contre d'autres le créancier qu'il va payer. Et il n'y a pas là qu'une différence de mots : entre la subrogation au bénéfice de la subrogation légale et une subrogation directe aux droits des hypothécaires, il y a des différences :

La subrogation conventionnelle ordinaire transmettra au prêteur les droits du créancier hypothécaire aussi complets qu'entre les mains de ce créancier, et par suite celui-ci pourra poursuivre de suite le vendeur. Au contraire, l'acquéreur subrogé légalement se trouvera dans une situation identique à

(1) Demolombe, t. XXVII, n^{os} 399 et suiv.—Aubry et Rau, t. IV, p. 176.

celle que ferait à l'acquéreur le bénéfice de l'art. 1251-2°; or celui-ci ne pourrait exercer la créance de Primus que si plus tard il était évincé ou la vente résolue.

En second lieu, si le prêteur était subrogé conventionnellement aux droits des créanciers hypothécaires, il pourrait si l'immeuble était vendu plus tard, primer dans la distribution le vendeur incomplètement payé, car il se trouve à cet égard à la place du créancier auquel il est subrogé. Au contraire, l'acquéreur légalement subrogé ne saurait se faire une arme de la subrogation aux droits des créanciers par lui payés contre son vendeur qui réclame le paiement de son prix.

Le système auquel nous nous arrêtons (1) et qui a été développé par M. Beauregard, peut se résumer en deux propositions :

1° L'acquéreur peut, dans tous les cas, subroger aux droits des créanciers hypothécaires qu'il désintéresse. Si on analyse, en effet, les rapports qui s'établissent entre l'acquéreur et les créanciers hypothécaires, il est impossible de refuser à ces rapports l'application des termes de l'art. 1250-2°. Lorsqu'il existe, disait l'arrêt de Nîmes, en ses considérants, entre deux personnes un lien dont il résulte que l'une peut exiger de l'autre le paiement d'une somme ou le délaissement d'un immeuble, ce serait jouer avec les mots que de refuser à caractériser un lien de cette nature par les termes de *créancier* et de *débiteur*.

Il nous faut cependant répondre aux objections que nous avons signalées de la part des opinions adverses.

On ne peut supposer, dit-on, l'existence d'un mandat tacite autorisant l'acquéreur à renoncer à la compensation et à frustrer le vendeur de sa libération envers le créancier hypothécaire, qu'il attend de la vente qu'il a faite. Mais nous n'admettons pas la possibilité de la compensation et par suite la nécessité de ce mandat. Il est inexact de penser que la subrogation ne saurait s'effectuer aux termes de l'art. 1250-2°, sans que la créance re-

(1) Nous avons d'abord adopté l'opinion de M. Demolombe, mais après mûre réflexion, l'argumentation de M. Beauregard, nous a paru convaincante.

pose un instant de raison sur la tête du débiteur qui emprunte et consent la subrogation. De vrai, ce n'est pas ce débiteur qui transmet la créance, mais par une fiction de la loi, c'est le créancier hypothécaire lui-même qui est censé consentir la subrogation. Le subrogeant tient ses droits non de l'acquéreur, mais du créancier hypothécaire, en sorte qu'il faudrait prouver, pour refuser à l'acquéreur de subroger son prêteur, que le créancier hypothécaire lui-même ne pourrait consentir la subrogation, ce qui est impossible en présence des termes de l'art. 1250-1°.

Mais on nous objecte que nous allons ainsi permettre à l'acquéreur de violer le contrat qu'il a passé avec son vendeur, puisque ce dernier ne sera pas, comme il devait l'être, libéré vis-à-vis de son créancier premier en rang. « Nous répondrons, dit M. Beauregard, que nous ne pouvons mieux faire que citer textuellement qu'il y a dans ce résultat non pas violation, mais simplement non-exécution de ce contrat. Il nous semble incontestable en effet que le vendeur ne sera pas payé, que l'acquéreur restera à son égard débiteur du prix, mais il ne s'ensuit pas que l'acquéreur ne puisse, s'il y a intérêt, faire l'opération dont nous parlons. Et on comprend qu'il puisse y avoir intérêt : Primus réclame peut-être son paiement et menace de saisir le fonds. L'acquéreur s'adresse à un ami pour emprunter les deniers nécessaires au paiement de Primus ; sans doute, il désirerait, en faisant ce paiement, se libérer à la fois et à l'égard de son vendeur et à l'égard de Primus, mais pour cela il faudrait que le prêteur consentit à ne recevoir la subrogation qu'aux droits du vendeur, tandis qu'il réclame celle, plus avantageuse pour lui, aux droits de Primus. L'acquéreur consentira cette subrogation, sachant que son ami n'exercera pas de suite son recours contre le vendeur ; il payera Primus qui le menace et s'efforcera de rembourser le prêteur avant que la saisie de l'immeuble soit provoquée. Il n'y a dans tout cela aucune manœuvre dolosive et nous ne comprendrions pas qu'on lui refusât le droit d'agir ainsi.

2^o Seulement le paiement ayant été fait à Primus dans les conditions que nous venons de dire, il est évident que l'acquéreur n'est pas libéré envers le vendeur de la dette du prix. Le vendeur reste son créancier et nous en concluons que le prêteur n'a pas pu être subrogé aux droits du vendeur en même temps qu'au droit du créancier hypothécaire. Ces deux subrogations nous semblent incompatibles : l'acquéreur peut subroger aux droits du vendeur ou à ceux des créanciers hypothécaires, mais non pas, comme le pense M. Labbé, aux uns et aux autres. »

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I — La loi 47, D., *Locati*, 19, 2, prévoit un cas d'obligation *in solidum*.

II — Le mariage ne se formait pas *solo consensu*.

III — La compensation était judiciaire et non légale.

IV — Criterium de la distinction des actions en arbitraires et non arbitraires.

CODE CIVIL.

I — L'héritier qui n'a pas pris parti, dans le délai de trente ans est supposé acceptant purement et simplement.

II — L'acte juridique accompli par le tuteur dans les limites de sa capacité est parfaitement valable.

III — Le bail d'un immeuble ne confère au preneur qu'un seul droit, un droit purement personnel.

IV — Les transactions sont, quant aux objets litigieux, simplement déclaratives et non transmissives.

V — L'art. 2039 n'est pas uniquement une conséquence du bénéfice de discussion.

VI — Le droit de rétention est un droit réel, il existe dès qu'il y a *debitum cum re junctum*.

VII — La revendication consacrée par l'art. 2102, § 4, n'est autre chose que la revendication du droit de rétention.

DROIT COMMERCIAL.

Les tribunaux ne peuvent autoriser la femme à faire le commerce, soit en cas de refus, soit en cas d'absence ou d'incapacité du mari, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux.

DROIT PÉNAL.

Le complice d'un suicide est coupable de meurtre, quand, sur la prière de la victime, il lui a porté lui-même le coup mortel.

PROCÉDURE.

Si un jugement étranger est rendu entre étrangers, ou au profit d'un Français contre un étranger, le jugement en France a force de chose jugée; il ne lui manque que la force exécutoire. Mais il n'a, en France, ni force de chose jugée, ni force exécutoire, lorsqu'il a été rendu contre un Français.

DROIT ADMINISTRATIF.

Aux termes du § 3 de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, le conseil de préfecture est compétent au cas de dommages causés aux personnes, comme au cas de dommages causés aux propriétés.

ÉCONOMIE POLITIQUE.

La division du travail est une des causes qui agissent le plus efficacement sur sa production.

HISTOIRE DU DROIT.

I — Le régime matrimonial des Gaulois n'est pas l'origine de la communauté.

II — Les *Établissements* de Saint-Louis ne sont pas un recueil officiel.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

La femme d'un étranger n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, sauf les traités contraires.

KERDRAIN.

Vu pour l'impression :

Vu :

Le Doyen,

Le Recteur,

ED. BODIN.

J. JARRY.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DU BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS

	Pages
PRÉLIMINAIRES.....	5
CHAPITRE I. — Nature du bénéfice de cession d'actions.....	8
CHAPITRE II. — A qui appartenait le bénéfice de cession d'actions	11
§ 1. — Du bénéfice de cession accordé aux débiteurs accessoires	11
§ 2. — Du bénéfice de cession accordé aux tiers détenteurs.....	17
§ 3. — Du bénéfice de cession accordé aux codébiteurs principaux	18
CHAPITRE III. — A quelles conditions était soumis l'exercice du bénéfice de cession d'actions.....	24
CHAPITRE IV. — Du procédé par lequel s'opérait la cession d'ac- tions et des modifications qui y furent successivement apportées..	27
CHAPITRE V. — Effets du bénéfice de cession d'actions.....	38
§ 1. — Rapport du créancier cédant et du cédé.....	38
§ 2. — Rapports du créancier et du débiteur qui le paye.....	39
§ 3. — Rapports du cessionnaire et du cédé.....	43

DROIT FRANÇAIS

DU PAYEMENT AVEC SUBROGATION

(C. civ., art. 1249 à 1253).

CHAPITRE I. — De la subrogation dans l'ancien droit.....	49
CHAPITRE II. — Nature et caractères du payement avec subrogation	62

	Pages
CHAPITRE III. — Dans quels cas la subrogation peut avoir lieu...	85
SECTION I. — De la subrogation conventionnelle.....	85
§ 1. — De la subrogation conventionnelle par la volonté du créancier.....	85
§ 2. — De la subrogation consentie par le débiteur.....	90
SECTION II. — De la subrogation légale.....	103
§ 1. — Généralités.....	103
§ 2. — De celui qui étant lui-même créancier paye un créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques	105
§ 3. — De l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.....	122
§ 4. — De celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt de l'acquitter.....	133
§ 5. — De l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.....	163
CHAPITRE IV. — Des effets de la subrogation.....	167
APPENDICE.....	183
POSITIONS.....	185

